

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES
SOUSCRIPTEURS D'ACTIONS
DE
Société Anonyme

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 25 Juin 1901, à 2 heures 1/2

PAR

Léon ZERAFFA

Lauréat de l'Ecole de droit d'Alger

Président : M. THALLER, professeur.

*Suffragants : { M. BOISTEL, professeur.
M. LYON-CAEN, professeur.*

PARIS

L. BOYER

IMPRIMEUR-ÉDITEUR

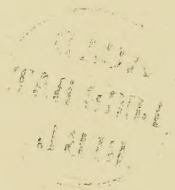
15, Rue Racine, 15

1901

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux théories émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

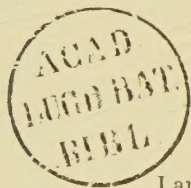


FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES
SOUSCRIPTEURS D'ACTIONS
DE
Société Anonyme

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 25 Juin 1901, à 2 heures 1/2



PAR

Léon ZERAFFA

Lauréat de l'Ecole de droit d'Alger

Président : M. THALLER, professeur.

*Suffragants : { M. BOISTEL, professeur.
 { M. LYON-CAEN, professeur.*

PARIS

L. BOYER

IMPRIMEUR-ÉDITEUR

15, Rue Racine, 15

—
1901

A'MES PARENTS

Bibliographie

- Arthuys.* — De la constitution des Sociétés par actions. Paris, 1898.
- Bing.* — La Société anonyme en droit italien. Paris, 1887.
- La Société anonyme en droit allemand. Paris. 1892.
- Boistel.* Précis de droit commercial, 1878. Paris.
- Chassériau.* — Des Syndicats d'Emission et de leur responsabilité.
Thèse de Paris, 1898.
- Compte-rendu sténographique des congrès des Sociétés par actions tenus à Paris en 1889-1900.
- Dallos.* — Rep. Alph. Supp. v° Sociétés.
- Endemann W.* — Das Deutsche Handelsrecht. 3^e Ed.
- Geny.* — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris, 1900.
- Goiffon.* — De la condition de la Société par actions pendant la période de constitution et des contrats se rapportant à sa fondation. Thèse Paris, 1898.
- Goirand.* — Traité des Sociétés par actions. 1897, Paris.
- Haberstich.* — Manuel du Droit fédéral des obligations. Traduit par Gillieron, 3 vol. 1889, tome 2.
- Houpin.* — Traité des Sociétés civiles et commerciales. Paris, 1899.
- Hubert.* — Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français. Paris, 1899.

Labbé. — Notes. Sirey.

Lambert. — De la stipulation pour autrui. Thèse, Paris 1833.

Lehmann K. — Das Recht der aktiengesellschaften. Berlin, 1898.

Levy Em. — Responsabilité et contrat. Revue critique, 1899.

Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial, t 2, 3^e éd., 1900.

Marinesco. — Des conditions exigées pour la constitution des Sociétés anonymes en France, en Allemagne, Italie et Belgique, thèse Paris, 1889.

Muwall (de). — De la fondation des Sociétés anonymes. Lausanne, 1887.

Ostrorog. — De la constitution des Sociétés anonymes en France, dans l'empire allemand et en Grande-Bretagne. Thèse Paris, 1892.

Percerou. — Des Fondateurs de Sociétés anonymes. Thèse Montbéliard, 1896.

Pilon. — Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations. Thèse Caen, 1897.

Planiol. — Traité Elémentaire de droit civil, tomes I et II, Paris, 1900.

Renaud. — Das recht der aktiengesellschaften, 2^e Ed.

Rousseau. — Rapport au ministre du Commerce. Compte-rendu Stenogr. du Congr. des Soc., p. Act. 1900, p. 376.

Saieilles. — Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code Civil Allemand, Paris 1890.

Tonnelier. — Des apports en nature, thèse Paris, 1893.

Tissier. — Note sous Cass. Sirey 1898, 1, 209.

Thaller. — Traité Elémentaire de Droit Commercial, 1^{re} et 2^{me} Edition, Paris 1898, 1900.

— Des Actions nouvelles et non encore émises, Journal des Sociétés, 1882.

— Notes de Jurisprudence.

Vavasseur. — Traité des Sociétés civiles et commerciales, 5^{me}
Edit. 1900.

Vignes. — Rapports de la gestion d'affaires et de la stipulation
pour autrui, thèse Paris 1892.

Vivante. — Trattato teorico pratico di diritto commerciale Torino
1894, 1899, tome I.

Wahl. — Note sous Cass. S. 1898, 2, 289.

Wiener. — Die Errichtung der aktiengesellschaft dans zeitschrift
für das gesammte Handelsrecht, tome XXIV.

Worms. — De la Volonté unilatérale comme source d'obligation,
thèse Paris 1892.

DES SOUSCRIPTEURS D'ACTIONS DE SOCIÉTÉ ANONYME

INTRODUCTION

1. — L'état social actuel nous montre la multiplicité des groupements, la force et le rôle de plus en plus grand de l'association dans tous les domaines. Dans la sphère du Droit privé, son importance augmente de jour en jour ; dans l'ordre du commerce, la société en nom collectif, la société par actions en sont des applications variées. La société en nom collectif, implique la responsabilité indéfinie des membres qui la composent, la société anonyme ne rend les associés responsables que jusqu'à concurrence de leurs mises.

2. — C'est en quelque sorte une masse de biens qui devient débitrice ; le crédit de la société se mesure au capital dont elle dispose ; le bloc des choses devient une personne. Ce principe de la responsabilité limitée n'est qu'une des manifestations de cette tendance très prononcée de nos jours qui consiste à mettre une partie du patrimoine individuel à l'abri des risques, des spéculations commerciales

et de l'action des créanciers (1). La responsabilité limitée à une quotité déterminée de biens est une dérogation à l'art. 2092 du Code civil : Les rédacteurs du Code de 1804, soucieux du crédit des individus, disposent que « quiconque s'oblige personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir. » C'est là une disposition interprétative de volonté (2). L'intéressé peut, soit renforcer le recours de son créancier en concédant un droit réel sur l'un quelconque de ses biens ou bien soustraire à son « droit de gage général » une partie de son patrimoine.

3. — Association, responsabilité limitée, voilà les deux éléments qui caractérisent juridiquement la société anonyme. Cette combinaison remonte très haut. De bonne heure les applications pratiques de ces deux principes combinés ont été connues.

4. — A l'heure actuelle la forme de la société anonyme envahit tous les domaines. Elle a pris un rayonnement considérable : Industries textiles, métallurgiques, exploitations commerciales, opérations immobilières, théâtres, mines, grands magasins, œuvres philanthropiques, toutes ces entreprises revêtent la forme de l'anonymat. Le nombre des sociétés à responsabilité limitée augmente : De

(1) Projets variés de homestad. Insaisissabilité des petits traitements. Introduction croissante de la dotalité dans les contrats de mariage. Assurance avec ses multiples applications et sous toutes ses formes.

(2) Vendernotte, thèse, p. 142. De l'organisation des sociétés civiles dans leurs rapports avec les tiers.

126 que l'on rencontre pendant la période qui s'étend de 1866 à 1876, il s'en crée 423, pendant l'année 1895 et 520 en 1896 (1).

5. — L'extension de l'anonymat tient à plusieurs causes : le principe de la responsabilité limitée, la modicité du taux de l'action ont permis à un plus grand nombre de personnes de participer au mouvement de la spéculation. La forme des titres, la facilité de circulation du droit de l'actionnaire (2) sollicitent, attirent les individus. La division du capital social en parts multiples, cessibles par les procédés rapides du droit commercial entraîne une circulation plus active des valeurs qui composent le patrimoine. La valeur de l'exploitation tout entière circule. Les titres représentent le fonds social. Il y a un dédoublement de la propriété (3).

(1) Percerou. — Des fondateurs de sociétés anonymes. Thèse, Dijon, 1896, p. 6.

(2) Le titre nominatif, avantageux à cause de la certitude du droit qu'il confère, le titre au porteur à raison de la facilité de sa transmission et de la dissimulation dont il peut être l'objet. Le particulier peut dans beaucoup de circonstances avoir un intérêt puissant à dissimuler le montant de sa fortune. V. Mayer, thèse. Le Secret des affaires commerciales.

(3) On incline à objectiver et à mobiliser tous les droits. Voyez pour l'incorporation de la propriété dans le titre : L. Say, Préface de la théorie des changes étrangers de Goschen. « C'est une tendance qui s'affirme chaque jour davantage de ne plus envisager l'obligation que comme une valeur patrimoniale, transmissible par conséquent ainsi qu'autrefois son objet » Hubert, Essai d'une théorie juridique de la délégation, p. 194, n° 243 Gaudemet, Etude sur la cession de dettes à titre particulier, 1898, p. 37, 32. Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit positif, page 468, note 2.

6. — La société anonyme, par cela même qu'elle permet à tout détenteur de capital, de s'intéresser aux chances de l'industrie, tout en limitant ses risques a multiplié les moyens de production et accru la richesse publique. Elle a en développant la concurrence amené l'abaissement du prix des objets indispensables à la vie et la hausse des salaires. Si on ajoute que l'anonymat a servi à la création de grandes entreprises, et a permis à la science d'appliquer et de répandre ses découvertes, on aura énuméré les avantages de la Société à responsabilité limitée.

7. — En retour, la compagnie par actions présente des côtés défectueux : le principal inconvénient est qu'on ne retrouve plus l'influence heureuse de l'intérêt personnel, de l'effort individuel ; cet intérêt est un facteur important pour le progrès et la richesse d'un peuple (1). Les actionnaires le plus souvent se désintéressent de la marche de la Société ; la forme anonyme tend en outre à supprimer la concurrence. Elle a conduit à l'établissement de véritables monopoles ; enfin la constitution de ces Sociétés a donné lieu à des abus et à des fraudes nombreuses. Les législateurs des divers Etats sont intervenus pour réglementer la formation de ces compagnies. Les souscripteurs d'actions peuvent être lésés, les créanciers futurs de la Société trompés ; les fondateurs se reconnaissent des avantages exagérés ; par leurs manœuvres frauduleuses ils créent une entreprise destinée à périr après quelques années d'existence.

(1) Ihering. — Evolution du droit (Zweck im recht) traduction de Meulencère, n° 109, p. 153, 1900.

tence ; et, lorsque ce résultat est atteint, ils sont à l'abri après avoir retiré de l'opération des profits appréciables.

8. — Une bonne législation peut dans une certaine mesure remédier à ces abus : mais il est impossible de les supprimer. Le tempérament du public n'a pas changé chaque fois qu'une nouvelle période d'excitation se produit, les fondations de Sociétés par actions se multiplient (1) tandis qu'elles sont rares dans les périodes de dépression (2). « Ces abus paraissent tenir plutôt à la faiblesse de la nature humaine et à l'égale cupidité dont témoignent ceux qui fondent une affaire et ceux qui y mettent leur argent (3). »

9. — Avant d'aborder l'étude qui fait l'objet de ce travail, il nous semble utile de donner une notion précise de la personnalité juridique de la Société anonyme, tant interne qu'externe et de caractériser le droit de l'actionnaire vis-à-vis du Corps Social.

10. — Pendant son fonctionnement la Société par actions peut être envisagée sous un double aspect : comme l'être physique capable d'avoir des droits et de supporter des obligations, la Compagnie traite, contracte des engage-

(1) La haute banque et les sociétés financières poussent à la multiplication des sociétés anonymes parce que l'émission de leurs actions et la hausse qu'elles en espèrent sont pour elles la source de profits bien supérieurs à ceux des opérations ordinaires. Sayous, *Revue d'Economie politique*, 1900.

(2) Claudio Jannet. — Le capital, la spéculation et la finance au XIX^e siècle, p. 169.

(3) Thaller. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 1^{re} éd., p. 134, n° 200.

mements, devient propriétaire ; elle occupe la scène du droit représentée par ses administrateurs qui agissent en son nom. Le crédit de la Société est limité à la valeur des biens qui constituent le capital social.

11. — Ainsi donc, pour sa vie extérieure, la Société constitue une personne qui circonscrit, délimite le recours de ses créanciers à une masse de biens déterminés.

12. — Cette personne est-elle une fiction, une pure création de l'esprit en vue d'atteindre un but pratique ?

La personnalité de la Société n'est rien autre que la réunion ou plutôt la fusion des diverses personnalités des associés, groupées en vue d'un but qui leur est commun. Le but poursuivi les unifie. La volonté de tous est la volonté de la Société. La personnalité de la Société repose donc sur quelque chose de réel. Elle est un résultat qui découle de la « nature des choses. » La Société doit être considérée comme un tout (1) pour pouvoir atteindre le but qu'elle se propose. La personnalité de l'associé, partiellement du moins, est en quelque sorte, aliénée, acquise au tout dont il fait partie intégrante. L'actionnaire voit sa personnalité se dédoubler. Sa volonté en ce qui concerne l'entreprise est subordonnée à celle de tous ses co-associés. « L'assemblée des associés forme le pouvoir délibé-

(1) Des principes généraux du code général de commerce, en Allemagne il ressort qu'il faut considérer la Société anonyme comme une « personne morale », l'art. 213, al. 1 est ainsi conçu « La Société par actions a comme telle ses droits et ses devoirs propres. Elle peut acquérir la propriété et les autres droits réels sur les immeubles ; elle peut demander et défendre en justice. »

rant de cette synthèse de pensées convergentes. Elle constitue l'âme même de la personne morale réglant les intérêts de la collectivité ou l'instrument de la volonté supérieure de la Compagnie (1). « Aujourd'hui toute société nous apparaît comme un faisceau d'intérêts particuliers unis pour la réalisation d'un but commun. La résultante se présente à nous comme une volonté idéale, et unique représentant l'intérêt général qui s'en dégage, et servant de fondement à tous les actes de la vie juridique. Quoi qu'il en soit il y a bien réellement chez chacun comme un dédoublement de la volonté et du sujet juridique l'un qui concerne l'individu, l'autre qui se considère comme membre d'une collectivité et qui agit comme partie de l'ensemble (2). »

13. — En réalité ce qu'on appelle personne morale, ce sont les actionnaires considérés comme une collectivité, comme un groupe compact. Ce sont eux qui, envisagés collectivement, sont devenus débiteurs, créanciers, et propriétaires. Il n'y a pas création d'une personne juridique nouvelle qui doive avoir sa place dans l'immense champ du droit à côté de la personne physique. « Il n'y a pas sur

(1) La volonté de quiconque souscrit à une Société par actions, dit M. Thaller, est d'isoler de tout patrimoine individuel, du sien comme de celui des autres, les valeurs affectées à la Compagnie. Sa volonté est encore que chacun vienne aux assemblées non de son chef propre, mais comme partie intégrante de la Société ; *un dédoublement du rôle juridique du Souscripteur tient nécessairement à cette conception*, puisqu'il a détaché quelque chose de lui pour le transporter à une entreprise qui est encore lui, *partiellement du moins* » Thaller. Traité de droit commercial, 2e éd., 1900, n° 569, p. 310.

(2) R. Salleiles. Revue de Droit international privé, 1893, p. 279.

terre d'autres personnes que les personnes physiques. On peut les subdiviser, mais on ne peut leur opposer une autre catégorie de personnes. La personne morale signifie et désigne des personnes véritables associées *dans certaines conditions* » (1).

14. — Cette analyse implique pour nous, le rejet de toutes les conceptions émises pour expliquer l'existence de la personnalité morale.

15. — La théorie de la fiction, fautive dans son principe, puisqu'elle admet l'existence d'un sujet de droit artificiel suppléant fictivement à l'absence d'un sujet de droit réel. Les partisans de cette doctrine partent de cet axiome qu'il n'y a pas de droit sans sujet. Or, il existe des patrimoines vis-à-vis desquels on ne peut pas dire que les individus, jouent le rôle de sujets de droit. Ces patrimoines, ces ensembles de droits existent sans sujet. On se trouve dès lors en présence d'un patrimoine sans maître. Grâce à la fiction cet ensemble de droits sans sujet sera supposé en avoir un.

16. — Il faut aussi écarter la théorie des droits sans sujets. Les partisans de cette doctrine respectent au contraire l'état de fait qu'ils constatent. Ils reconnaissent l'existence de patrimoines n'appartenant à personne et ils admettent que l'on peut supposer des droits ne reposant pas sur un sujet. D'après Brinz, le véritable et suffisant sujet de droit, c'est le patrimoine appliqué à la poursuite d'un certain but. La personne morale est donc au

(1) De Vareilles-Sommières. — Congrès de Droit International comparé, note sur la personnalité morale, p. 30, § 94, p. 35.

fond; une chose, une masse de biens consacrée à un but. Cette chose a la capacité juridique. Elle est donc une personne. « Sous le nom de personnes civiles, il faut entendre l'existence de biens collectifs, à l'état de masse distincte, soustraite au régime de la propriété individuelle. Il faut remplacer le mythe de la personnalité par une notion positive et celle-ci ne peut être que la propriété collective. Ces prétendues personnes n'en sont pas; même d'une manière fictive; ce sont des choses. Il ne faut voir sous le nom de personne fictive qu'un état particulier de la Richesse » (1). Mais, pourtant, pourrait-on objecter; il faut un propriétaire à cette propriété collective. Quel est-il? L'auteur ne le dit pas (2).

17. — La société par actions apparaît comme une personne non seulement au regard des tiers, mais aussi vis-à-vis des actionnaires. Elle se dresse en face d'eux avec tous les attributs d'une vie propre et indépendante. « Tout concourt à démontrer, dit M. Thaller, que chaque actionnaire une fois entré dans la société, n'a plus en face de lui qu'un faisceau compact de forces sociales solidarisées entre elles. Il n'y a plus de lien immédiat établi d'homme à homme, mais une série de rattachements individuels à un ensemble, à un bloc, qui est l'entreprise elle-même (3). »

(1) Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 1899, Paris. t. I, pp. 262-264.

(2) Léon Duguit, *Etudes de Droit Public*, Paris, 1901. L'Etat. n° 194.

(3) Note Dalloz, 1893, I. 103. Dalloz, 1894, I. 313.

18. — Les statuts, notamment, sont opposables à l'actionnaire par la Société et l'associé peut invoquer contre la Compagnie les clauses de pacte social; mais il ne faut pas perdre de vue que la majorité des actionnaires, déterminée par les statuts ou par la loi, peut apporter certaines modifications au pacte social (1). Les décisions de la majorité ne vont pas jusqu'à pouvoir transformer les bases essentielles de la société. Il y a là, des engagements réciproques qui découlent d'un concours de volontés qu'il faut respecter.

19. — Ces deux ordres d'idées, ces rapports du corps social avec les tiers et avec l'actionnaire, sont entièrement distincts; le plus souvent on n'envisage que le côté extérieur de la Société. On ne considère que la Société définitivement constituée et prête à contracter, après l'accomplissement de certaines formalités protectrices des tiers. — On a laissé dans l'ombre les rapports du corps social, de la collectivité avec l'associé. — On a surtout négligé l'étude de ces rapports avant le moment où la Société acquiert la vie externe. La Société anonyme a à sa base un concours de volontés. Entre les parties, des rapports de droit se sont établis, des relations juridiques se sont nouées bien avant le commencement de la gestion sociale. Le contrat qui donne naissance à la Société anonyme existe réellement dès le jour où toutes les volontés concourent vers un même but et

(1) C. Clément. — Des pouvoirs des Assemblées générales relativement aux modifications du pacte social. Lille, 1887.

fictivement par suite du caractère reconnu à l'acte de souscription (1).

20.— Il faut reconnaître que la personnalité interne du corps social, préexiste à sa personnalité externe. « Pour le succès de l'œuvre à laquelle se sont voués les fondateurs, il faut que la Société, comme être autonome, se détache des individualités des souscripteurs. Il faut qu'elle s'en détache alors que se déroulaient encore les phases des négociations préliminaires à sa formation. A cet égard, la personnalité morale remonte plus haut que le jour où la Société est devenue capable de conclure des contrats avec les tiers. On doit reconnaître cette « personnalité intérieure » aussitôt qu'il se sera établi un noyau de souscripteurs (2). »

21. Cette distinction (3) d'ailleurs n'est pas particulière à la Société anonyme. « D'une façon générale la Société peut être envisagée comme contrat ou comme personne. La Société en tant que contrat destiné à faire naître des obligations entre les parties est régie par le droit commun des obligations conventionnelles. La Société en tant que personne, personne juridique introduite dans le monde des affaires, est soumise pour sa formation et son existence à des conditions spéciales. Il est très important de distinguer

(1) Voir. *infra*, p. 45 et suiv.

(2) Thaller op. cit. 2^e édition. n° 571, p. 311.

(3) « Il est vrai que, de même qu'une société, notamment dans sa période de constitution, peut avoir vie interne sans avoir existence externe, de même, en notre hypothèse une Société peut aussi avoir une existence extérieure sans avoir une vie interne. » Em. Levy. *Responsabilité et contrat. Revue critique de Leg. et de jur.* 1899 p. 384.

la Société-contrat de la Société-personne. Une séparation profonde existe entre ces deux points de vue. La Société peut être contractée sans aucune prétention à la personnalité. Elle peut être formée à la fois comme contrat et comme personne » (1).

22. — Dans la législation positive française la Société anonyme n'acquiert la personnalité externe, ne peut conclure des opérations avec le public, qu'à partir d'un certain moment. La loi n'a pas fixé ce point de départ avec précision, L'art. 5 de la loi du 24 juillet 1867, dispose que le conseil de surveillance est nommé par l'assemblée générale des actionnaires immédiatement après la constitution définitive de la Société et avant toute opération sociale. Dans la pensée du législateur la faculté pour la Société d'accomplir des marchés ou contrats reste suspendue jusqu'à la constitution définitive de la Société « constitution définitive, droit de faire les opérations sociales, les deux choses marchent de front ». Dans beaucoup de législations étrangères ce moment est fixé d'une façon plus précise qu'en France (2). La détermination s'en rattache généra-

(1) Labbé. — Note Sirey. 1873, II, 169.

(2) En Allemagne la Société anonyme, n'existe que du jour où l'acte de société a été enregistré dans le registre du commerce, en vertu d'une décision du juge compétent. Les actes faits antérieurement au nom de la Société obligent personnellement et solidairement ceux qui les ont faits, code allemand 1861, art. 211, art. 200, code 1897. La même disposition se trouve dans le code hongrois, art. 160. En Italie la société est constituée du moment que le tribunal civil après avoir vérifié l'accomplissement des conditions prescrites par la loi, ordonne la transcription et l'affichage de l'acte constitutif.

lement aux formalités de publicité qui accompagnent la naissance de la Société et qui parfois supposent l'intervention de la justice.

23. — Quels sont les rapports de droit, les relations juridiques qui se forment lors de la constitution d'une Société anonyme, entre fondateurs et souscripteurs ? Quel est le rôle joué par les fondateurs ? Quels sont les effets juridiques des diverses opérations qui se succèdent pendant cette période ? Ce sont là des questions obscures. La matière est en quelque sorte inexplorée. Il faut la soumettre à un examen sévère et rigoureusement juridique. Une construction est nécessaire, pour expliquer la loi positive et satisfaire les besoins nouveaux de la pratique.

24. — La loi écrite (1) en effet peut être obscure, insuffisante (2) : Le législateur dans ce domaine essentiellement

Cod. com. It. art. 91. Enfin selon la loi Anglaise de 1862, art. 18, la société existe du jour où il y a eu enregistrement du memorandum d'association contenant les bases essentielles de la Société et des statuts. L'acte d'association ou memorandum est signé par les fondateurs. Tous les souscripteurs de cet acte sont considérés comme actionnaires. Le concours des associés fondateurs suffit avec l'enregistrement de l'acte d'association pour la constitution légale de la Société.

(1) « La Loi symbolise l'état d'esprit d'un temps. Elle est l'effet du milieu, des idées, des intérêts de certaines croyances conscientes ou non, orientant dans un certain sens les œuvres pratiques et théoriques et régularisant toute l'activité sociale et intellectuelle d'une époque : les croyances empêchent ces œuvres d'avoir une portée rationnelle ou pratique pour tous les temps ».

(2) « L'indépendance des textes, cette souplesse plus grande que l'on veut donner au droit ne peut être acquise qu'au prix d'une certaine diminution dans sa certitude. Le droit écrit est sûr mais rigide.

changeant des rapports sociaux ne peut tout prévoir. La vie sociale fait reconnaître de jour en jour de nouveaux besoins, consacre de nouvelles institutions qu'il faut réglementer. Le Droit évolue en même temps que se transforme l'état social. Il faut reconnaître que dans certains cas et dans une certaine mesure, l'interprète, le juge ou le juriste est obligé de jouer le rôle du législateur, momentanément du moins. En attendant que le lourd et lent appareil du pouvoir législatif se meuve, l'interprète est appelé à exercer une certaine influence sur la marche des institutions juridiques. Comme on l'a dit, sous la poussée des faits (1) la Cour de cassation brise le cadre trop étroit des lois et cette poussée se traduit dans ses arrêts. Elle fait œuvre prétorienne. « L'exemple de tout le passé juridique nous montre mieux la nécessité, à côté de la force proprement

Le droit fourni par les autres sources est moins sûr mais plus souple. La vérité consiste à séparer leur domaine, à ne pas demander à l'un des qualités qui n'appartiennent qu'à l'autre et à reconnaître qu'ils se complètent et sont tous deux nécessaires. Chacun correspond à un besoin différent mais également impérieux de nos sociétés modernes: Le droit écrit, à ce besoin de certitude, dans les grandes lignes de l'organisation juridique, le droit non écrit, à cette nécessité commune à toutes les institutions sociales, d'évoluer selon un mouvement parallèle à la Société pour laquelle elles sont faites ». Percey. *Annales de Droit comm.*, 1900, p. 161.

(1) « C'est avoir une conception étroite du droit que de repousser une institution au nom de la logique juridique sans se demander comment cette institution a pris naissance et à quel but elle répond. Le droit se dégage des faits et non de la logique. Chaque jour l'édifice puissant des institutions juridiques craque de tous côtés sous la poussée continuelle de la vie. Ihering. *Esp. Dr. Rom.*, t. 4, p. 69, p. 34 ».

législative, d'un organe plus simple « *formant le Droit en l'appliquant* », tout au moins pour remédier aux insuffisances de la loi. La jurisprudence contemporaine se sent appeler à compléter le droit existant suivant les besoins sociaux dans la mesure d'indépendance que lui laissent l'abstention ou les lenteurs du Législateur (1)».

25. — Notre étude de la condition juridique des souscripteurs d'actions sera divisée en deux parties : La première partie consacrée à l'acte de Souscription d'actions de numéraire ou d'apport. La deuxième nous permettra d'examiner la protection légale accordée aux souscripteurs. Quelques comparaisons avec les lois étrangères nous montreront l'insuffisance de la loi française sur ce dernier point, et nous obligeront à rechercher quelles sont les modifications et les réformes dont notre loi a besoin (2).

(1) Geny, op. cit., p. 587.

(2) « Les juristes ont, dans toute société, en dehors de l'Etude et de l'application au droit positif, à étudier et à préparer les réformes que nécessitent les besoins sociaux vers un état social plus juste et meilleur. Il faut étudier le droit privé dans son évolution et préparer la législation meilleure de l'avenir, mieux appropriée aux besoins sociaux, mieux adaptée à nos idées de solidarité et plus protectrice des classes laborieuses ». Tissier, Rev. Bourg. de l'Enseign. supérieur 1900.

PREMIÈRE PARTIE

De la Souscription d'actions

26. — L'idée fondamentale du droit des Sociétés anonymes est un capital social déterminé. C'est lui qui trace les limites de la responsabilité des actionnaires, qui forme la base du crédit de la Société (1).

27. — Ce capital social est divisé, morcelé en parts multiples d'égale valeur ; chacune d'elle peut appartenir à un associé. De là le grand nombre des personnes qui concourent à la conclusion de ce contrat. Trop nombreux, trop disséminés, trop éloignés les uns des autres, les futurs membres de l'association ne peuvent, par la force même des choses, s'accorder sur l'objet et les conditions de l'entreprise projetée. L'initiative appartient à quelques personnes plus intelligentes ou plus riches. Celles-ci dressent par

(1) Exposé des motifs du projet A p. 95 et suiv. cité par Völldern-doff, du Projet de loi du 18 juillet 1884.

écrit les clauses de la future Société, sollicitent et acceptent les engagements de ceux qui veulent y entrer. Aussi pour la formation de ce capital, les fondateurs (1) sont obligés de faire appel au public en ouvrant une souscription. Le contrat de Société n'est formé que lorsque le capital social est couvert, lorsque le concours de volontés est intervenu. (2)

(1) Percerou. — Des Fondateurs de Sociétés anonymes. Dijon, 1896, thèse.

(2) A côté de ce mode de formation de la Société anonyme, — dénommé par les Allemands de fondation successive — prend place la constitution par fondation simultanée. Vivante, op. cit., n° 351. — Un petit nombre de personnes — légalement elles doivent être 7 au moins — s'entendent pour créer une compagnie par actions et écouler ensuite avec bénéfices les parts sociales; ou bien des Syndicats revêtant la forme de l'association en participation, achètent en bloc toutes les actions pour les revendre avec prime. Dans ce cas, les Syndicats opèrent à leurs risques et périls. Mais les maisons de banque, les Etablissements financiers jouent assez souvent le rôle d'intermédiaires entre les fondateurs et le public. Ils touchent une commission pour les titres qu'ils écoulent. Voir pour l'origine, l'histoire, le fonctionnement, la nature juridique et la responsabilité de ces Syndicats : Goldschmidt. Handbuch des Handelsrecht, 3^{me} édit. t. 1 pp. 162, 291 et 329. Behrend, Lehrbuch, t. 1, p. 990. W. Loetz Die Technik der Deutschen Emmissionen geschäfte Leipzig 1890. E. Sayous. Des Bourses Allemandes de valeurs et de commerce, thèse Paris 1898, p. 151 et suiv. P. Chasseriau. Des Syndicats d'Emission et de leur responsabilité, thèse Paris 1899. Ce mode de constitution a donné lieu à de nombreux abus que le législateur doit combattre en consacrant un système protecteur des intérêts du public. Les inconvénients ont été mis nettement en relief par M. Thaller. De la Réforme de la loi sur les Sociétés par actions. Les législateurs étrangers, notamment les lois allemande, italienne, suisse ont édicté des règles sévères lorsque la Société se constitue par le procédé de la fondation simultanée : V. pour les remèdes, Congrès international des Soc. par actions 1889 et 1900. Compte-rendu sténographique.

28. — L'analyse fait donc apercevoir deux contrats successifs : Le contrat de souscription et le contrat de société. « Tous les auteurs reconnaissent, dit M. Labbé, la validité du contrat de souscription. Qu'est-ce autre chose qu'une promesse de société, un engagement d'entrer en société ? La loi de 1867, art. 1 à propos des sociétés par actions, distingue très bien les souscriptions qui sont déjà obligatoires, de la constitution définitive de la société, qui seule fait courir le délai pour la publication. Il en résulte que la promesse d'entrer en société, a ses conditions propres d'existence et de preuve. »

29. — L'élément personnel disparaît. Le capital importe donc principalement. Le fonds social peut comprendre des biens de nature diverse. Les apports faits à une Compagnie par actions peuvent d'abord consister en numéraire, ils peuvent avoir en outre pour objet tout autre valeur. Ces deux espèces de biens sont soumises à des règles différentes. Les actions qui correspondent à ces deux catégories d'apports suivent un régime spécial.

TITRE I

De la souscription d'actions correspondant à un apport de numéraire.

30. — Après avoir défini le contrat de souscription, étudié les éléments que cet acte juridique implique, nous examinerons ses caractères, sa nature juridique et ses effets.

31. — La souscription d'action est un contrat par lequel une personne prend l'engagement d'entrer en société en se soumettant à une responsabilité limitée. Cette promesse est acceptée par les fondateurs. Cet acte juridique constitue en outre, la ratification *partielle* d'actes de gestion d'affaires accomplis par les fondateurs. Ces actes sont la confection des statuts, la formation et l'exécution des contrats de souscription.

CHAPITRE I

DU CONTRAT DE SOUSCRIPTION.

32. — La souscription est un contrat ; un concours de volontés est nécessaire. Une offre suivie d'une acceptation donne naissance à l'obligation du souscripteur. On a voulu voir dans cette obligation non pas la conséquence d'un contrat, mais l'effet d'une déclaration de volonté unilatérale (1). Il y aurait là, la naissance actuelle et immédiate d'une dette à la charge du souscripteur sans qu'il y ait une contre-partie créancière. Cette thèse du caractère obligatoire de la déclaration de volonté unilatérale tend à créer une nouvelle source d'obligations; une déclaration de volonté pourrait être considérée comme liant par elle-même celui qui l'a faite indépendamment de toute acceptation par une autre personne (2).

33. — La volonté individuelle est souveraine sur celui

(1) K. Lehmann. *Das Recht der Aktiengesellschaften*, p. 347 et s. *Die Aktienzeichnung ist einseitiger Akt sowohl bei der Simultan wie bei der Successivgründung*, p. 350.

(2) Saleilles, *théorie de l'obligation*. pp. 138, 140. Worms. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, p. 92. *Thèse Paris*, 1892.

qui l'émet ; la théorie ne prétend pas nier ce principe que les obligations dérivent essentiellement des contrats ; elle fait observer seulement que cette règle ne peut être considérée comme absolue, qu'il est des cas, où il faut bien admettre qu'un engagement ait pu naître d'une simple déclaration unilatérale. Les partisans de cette doctrine ont indiqué de nombreuses applications de cette idée. La plus importante d'entre elles, est sans conteste, la stipulation pour autrui. Celle-ci par la souplesse de son mécanisme, l'imprécision de son allure a servi de moule, en quelque sorte, à une foule d'institutions juridiques nouvelles (1). L'engagement du promettant envers le tiers bénéficiaire ne serait rien autre qu'un effet de sa volonté seule. Cet engagement naîtrait sans contrat entre le promettant et le tiers bénéficiaire : une personne peut s'engager soit au profit d'une chose, soit au profit d'une personne indéterminée, c'est le titre au porteur, soit au profit d'une personne qui peut être déterminée ou indéterminée, c'est l'offre d'achat, de vente ou de récompense.

34. — Le fait de souscrire une action ne lie le souscripteur présentement, ni envers les fondateurs, — ils manquent d'intérêt — ni envers la Société — car celle-ci n'existe pas. La souscription n'est qu'une offre obligatoire pour le souscripteur, par cela seul qu'il l'a émise. C'est un acte unilatéral par lequel une personne déclare devenir membre de la future Société. Le souscripteur se trouve ainsi directe-

(1) Ed. Lambert. — La stipulation pour autrui. Thèse Paris, 1893.

ment lié envers la Compagnie dès qu'elle est constituée. Voici comment s'exprime un partisan de cette doctrine : « La souscription devra être tenue comme une offre certaine, subordonnée à cette condition que le capital social sera intégralement souscrit. C'est une offre que chacun des souscripteurs fait dans une forme solennelle, par l'entremise des promoteurs à la collectivité des souscripteurs, offre valable encore qu'elle soit faite à une personne indéterminée, offre irrévocable, puisque les souscripteurs sont obligés de la maintenir tant que ne se sera pas écoulé le terme indiqué par le programme ou par la loi pour la constitution définitive de la Société (1). » et plus loin : « Les fondateurs recueillent et conservent les offres irrévocables des souscripteurs. L'engagement du souscripteur n'est pas pris envers les promoteurs, auxquels ils ne demandent aucun équivalent. Les engagements sont pris par l'intermédiaire des promoteurs envers les autres souscripteurs. Ces offres seront réciproquement acceptées en même temps que l'acte constitutif au jour et au lieu où se tiendra l'assemblée générale constitutive. Ces offres doivent être conformes à un programme préétabli, irrévocables et restent en suspens jusqu'à ce qu'elles soient acceptées (2). » Cette même doctrine semble être adoptée par un auteur qui écrit : « Les souscripteurs promettent de participer au capital, dans la mesure où les souscriptions seront admises par les fonda-

(1) Vivante. — *Trattato teorico pratico di diritto commerciale*, tome I. n° 355, page 397.

(2) Vivante. — *Op. cit.*, tome I. page 402, n° 361.

teurs. Pendant tout le temps que ceux-ci se mettront à se déterminer, les souscripteurs restent liés. Ceci peut paraître étrange : en droit civil celui qui offre de s'obliger peut retirer son offre aussi longtemps que l'autre partie n'a pas accepté. Sans doute, mais il peut aussi convenir avec l'autre partie d'un délai pendant lequel il se considérera comme lié. Nous sommes ici, ce nous semble en présence d'un cas de ce genre. Le délai pendant lequel le souscripteur doit maintenir son offre a été tacitement convenu lors de la souscription. Chacun sait en effet qu'un souscripteur reste lié, par ses offres jusqu'au moment où la décision des fondateurs interviendra. C'est l'usage universel et celui qui souscrit dans ces conditions consent par cela même à maintenir son offre pendant un certain laps de temps (1). »

35. — Cette doctrine doit être écartée. Sans discuter l'idée, (2) ni les applications diverses que l'on a citées, il nous semble que les principes traditionnels suffisent dans notre hypothèse. Ce n'est pas que nous soyons hostiles à toute application de cette idée dans certains cas ; mais la notion du contrat appliquée à la souscription entraîne des conséquences pratiques que nous examinerons. Il faut donc un concours de volontés qui donne naissance à une obligation. Si la volonté du souscripteur ne rencontre pas

(1) Jean de Muralt. — De la fondation des Sociétés anonymes. Lausanne, 1887. p. 78, n° 34.

(2) Critique de l'idée dans *Traité des titres au porteur*, par A. Wahl et compte-rendu du même auteur du livre de M. Bruschetti relatif aux titres au porteur. *Annales de Droit commercial*, 1900. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 1900, tome 2, p. 258, n° 867.

celle du fondateur pour se joindre à elle le lien obligatoire ne peut pas se former. Tant que l'acceptation du fondateur ne vient pas parfaire le contrat, le souscripteur qui a fait une offre peut la rétracter. D'une façon générale, il est injuste, inique, d'empêcher l'auteur d'une offre de se dégager tant qu'une contre-partie n'a pas manifesté la volonté d'en bénéficier ; mais il serait peut-être profitable de consacrer cette idée dans certaines hypothèses et avec certains tempéraments (1).

36. — Quelle est la nature juridique du contrat de souscription ? Est-ce un contrat synallagmatique ou unilatéral ? Cette question, si elle n'a pas grand intérêt pratique, importe au point de vue de l'exactitude des idées. Certains auteurs considèrent le contrat de souscription comme un contrat synallagmatique. Voici comment s'expriment MM. Lyon-Caen et Renault : On entend par souscription l'acte par lequel une personne s'oblige à faire un apport pour de-

(1) « Tout ce qu'on peut affirmer c'est que rien *a priori* dans notre ordre juridique ne fait obstacle à la reconnaissance de l'engagement par promesse unilatérale. Dès lors et puisqu'il s'agira en réalité de savoir dans quels cas et à quelles conditions la volonté unilatérale devra être érigée en source positive d'obligation juridique, la réponse ne pourra se dégager que d'un examen attentif des dangers et des avantages que présente semblable engagement. Il faudra se demander s'il existe un intérêt social véritable, à tenir la déclaration obligatoire en elle-même avant que l'adhésion de celui à qui elle doit profiter soit venue s'y ajouter pour la fixer en un contrat. On se trouvera amené à déclarer obligatoires, non pas toutes les promesses unilatérales, mais celles-là seulement qui paraîtront indispensables pour atteindre un résultat *socialement désirable et impossible à réaliser pratiquement par une autre voie* ». Gny, op. cit., p. 516.

venir actionnaire, s'engage à faire les versements correspondants au nombre d'actions par lui souscrites. Les fondateurs eux-mêmes s'obligent au nom de la Société future à attribuer à chaque souscripteur un nombre d'actions proportionnel à sa souscription : On peut donc la considérer comme un contrat synallagmatique formé entre les souscripteurs et les fondateurs représentant la Société » (1). « Nous considérons, dit un autre auteur, l'acte de souscription comme un contrat conclu entre les fondateurs et les souscripteurs au profit d'un tiers qui est la Société future. Par ce contrat, les souscripteurs s'engagent directement vis-à-vis de la Société future. Les fondateurs, en revanche, s'engagent à procurer aux souscripteurs la possibilité de devenir actionnaire dans la mesure où leur offre aura été prise en considération » (2). Selon M. A. Renaud, le rapport de droit dont il s'agit n'est ni un contrat de Société passé entre les promoteurs et les souscripteurs (3), ni un pactum de contrahendo (4), ni une vente (5). En subs-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. 2, 3^e édit., p. 492, n^o 686. Goiffon, *De la condition de la Soc. par actions pendant la période de constitution*, p. 70 ; Boistel, *Précis de Droit commercial*, 1878, Paris, n^o 225, p. 163.

(2) De Muralet, *op. cit.*, n^o 71.

(3) D. Renaud, *Das recht der actiengesellschaften*, p. 234 et s.

(4) *Ibid.*, p. 237.

(5) *Ibid.*, p. 287. Il est impossible de considérer cette relation juridique comme un contrat de vente ayant pour objet des actions, des parts sociales. On ne peut assimiler l'action à une marchandise que lorsque la Société est définitivement constituée et fonctionne. L'acte de souscription est la manifestation de faire partie d'une So-

tance la souscription aux actions engendre bien un contrat, mais un contrat purement unilatéral, seul le souscripteur est obligé à contribuer pour une certaine part à la constitution du capital de l'entreprise dans le cas où les opérations de constitution auront été menées à bonne fin (1). La souscription est, pour nous, un contrat unilatéral : les fondateurs n'assument en retour de l'engagement du souscripteur aucune obligation correspondante.

37. — Le souscripteur s'engage envers les fondateurs qui représentent la collectivité future des souscripteurs à titre de gérants d'affaires. — S'oblige-t-il aussi envers les futurs créanciers de la Société ? Ceux-ci acquièrent-ils une action directe ? Jouissent-ils d'une action propre à l'encontre des souscripteurs ? Y a-t-il un intérêt pratique attaché à la solution de cette question ? Si les créanciers ont l'action directe, en effet, les souscripteurs ne peuvent pas leur opposer les exceptions et les moyens de défense qu'ils ont contre la Société. Ils ne peuvent pas notamment se prévaloir pour échapper à une condamnation, des fraudes pratiquées contre eux par les fondateurs pour obtenir leurs souscriptions ? La doctrine et la jurisprudence ont admis

ciété. Pour devenir associé on s'engage à verser une certaine somme. Ce n'est pas un achat parce que les parts sociales n'existent pas. C'est une convention de nature particulière productive d'obligations et non un contrat de vente.

1) Ibid., p. 352 et s.

avec raison au profit des créanciers l'action directe (1). Les créanciers sont des tiers vis-à-vis des souscripteurs.

38. — Le souscripteur est tenu du versement partiel ou total de sa mise pendant la période préparatoire envers les fondateurs. Ceux-ci ont le droit d'accepter ou de rejeter les souscriptions, le droit de recevoir les versements et de poursuivre au besoin judiciairement l'exécution de l'obligation de versement. Le souscripteur est tenu envers la société lorsqu'elle fonctionne. L'appel de fonds est exercé par les administrateurs pendant la durée de la Société, par le liquidateur lors de sa dissolution ou par le syndic lors de la faillite prononcée. — Mais le Souscripteur s'engage-t-il envers les créanciers futurs de la Société ? MM. Lyon-Caen et Renault écrivent : « L'engagement des souscripteurs est contracté non seulement envers la Société mais aussi envers les personnes qui dans l'avenir pourront devenir créancières de la Société » (2).

39. — Il n'est pas douteux que l'art. 1166 du code civil permet aux créanciers d'exercer l'action de la Société à l'encontre des souscripteurs. Les créanciers ont en outre une action directe. D'où découle ce droit propre qui leur est reconnu. Naît-il du contrat de souscription ? Je ne le crois pas. Cette action dérive de la publication de l'acte de Société. L'extrait de l'acte de Société publié dans les journaux doit spécialement mentionner le montant du capital social. La publicité

(1) Cass. 25 mai 1886. Sir. 1885, 1. 268. Vavasseur, *op. cit.* n° 366 à 367. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 338 et s.

(2) Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 686.

donnée au montant du capital crée un droit au profit des créanciers. Ceux-ci ont pour gage les biens qui composent le capital social. En réalité, le souscripteur ne s'engage qu'envers la collectivité de ses co-associés. Au fond, les créanciers exercent l'action de la Société mais ils l'exercent purgée des exceptions que le souscripteur peut opposer à la demande du représentant du siège social. Les créanciers ont suivi la foi du capital.

« Considérant, dit un arrêt (1), que lorsqu'une société en commandite, a révélé par la publicité légale son existence, son but et ses ressources, les tiers avec lesquels elle contracte ont pour gage de leurs créances les valeurs fournies ou à fournir par les commanditaires, que ces derniers dont les capitaux engagés dans les opérations sociales *ont commandé la confiance publique* ne sauraient après une longue inertie et quand les désastres sont venus se soustraire à leurs engagements et retirer leurs mises, sous prétexte que les fondateurs ou gérants les ont trompés, qu'en effet les tiers placés en face des représentants légaux de la Société agissant à la fois, sous la raison sociale et en vertu des pouvoirs que leur conféraient les statuts, au vu et au su des actionnaires, n'ont point à rechercher dans quelles circonstances et à l'aide de quels moyens avaient été obtenues les souscriptions(2). Attendu dit un autre arrêt

(1) Paris, 31 juillet 1859. Le Droit 7 août 1859. Cass. Req. 25 mai 1886. Lyon, 31 janvier 1840, p. 401. 18. Cass. 21 juillet 1857, 67. s. 328. Rev. des Soc. 1836, 417.

(2) Sirey, 1844, t. 703, 1^{re} col. s. 1846. I. 77.

que la société doit être publiée par extrait de l'acte constitutif, que l'extrait doit indiquer le montant des valeurs fournies ou à fournir, que les tiers qui traitent avec la société sont censés *suivre la foi des capitaux engagés*. » Les créanciers ont suivi « la foi du capital » et par suite, le souscripteur ne peut se dispenser d'effectuer en tout ou en partie le versement dû ; il ne peut reprendre tout ou partie des sommes déjà versées. Il ne peut opposer aux créanciers les exceptions qu'il pourrait invoquer contre le corps social. La confiance légitime crée un droit au profit des tiers. La notion de confiance légitime est à la base de la notion responsabilité. Celle-ci peut dériver des circonstances ; d'un contrat entre deux particuliers ou du contrat tacite qui règle la vie en société. Toute atteinte à cette confiance est une atteinte à la personnalité et entraîne réparation et indemnité (1). La loi n'a accordé aux sociétés la vie civile, ne leur permet de commencer d'acquérir que sous certaines conditions protectrices de l'intérêt des tiers. La publicité donnée au capital social est une des plus efficaces. Elle a pour conséquence d'engendrer à leur profit des droits irrévocables que les agissements de certaines personnes ne sauraient altérer. Aussi les tiers n'ont-ils point

(1) Levy. — Responsabilité et contrat. Rev. Crit. 1899. Conclusion. « Les autres sont responsables envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir. La responsabilité est limitée dans ses causes comme dans ses effets par ce sur quoi l'on a pu compter. La croyance légitime en nous et en autrui nous fait acquérir le droit, oblige les autres envers nous. »

à rechercher de quelle manière le capital a pu être constitué. Il leur est annoncé, qu'importe, s'il y a eu dol, erreur ou violence, les tiers ne peuvent être tenus pour s'en assurer de se livrer à des investigations sans nombre. Ils sont couverts par leur bonne foi présumée et le capital qui leur a été promis comme gage doit leur être fourni (1).

41. — Il faut rechercher de quelle manière se forme ce contrat, et déterminer le moment de sa perfection. En pratique les fondateurs répandent à profusion des circulaires dans lesquelles ils exposent la forme, le but de la société, ses chances de gain. Ils invitent le public à souscrire. Au premier abord, il semble naturel de dire que c'est d'eux qu'émane l'offre, de sorte que lorsque les souscripteurs l'auront acceptée en signant un bulletin de souscription, le contrat sera conclu. Cette manière d'envisager les choses n'est cependant pas exacte. Sans doute, il y a de la part des fondateurs invitation à contracter, à participer à la société future, mais cette invitation est presque toujours générale et impersonnelle. Même lorsqu'elle s'adresse à un particulier, il n'est pas dit que l'engagement par lequel cette personne répondrait à cette invitation serait sûrement pris en considération. Les fondateurs agissant dans l'intérêt de la collectivité des associés futurs, ne sont pas tenus d'agréer tous les souscripteurs qui se présentent. Ils ont le droit d'éconduire ceux qu'ils savent insolubles (2).

(1) Goirand. Des sociétés par Actions. Constitution, pp. 146, 147.

(2) De Muralt. op. cit. pp. 77, 78. Boistel. op. cit. n° 225, p. 163.

42.—L'invitation à souscrire ne constitue pas une offre mais un appel d'offres. « L'appel au public est une offre de contrat. Chaque souscription vaut acceptation de cette offre pour une ou plusieurs actions (1). » En fait, les fondateurs ne font pas des offres fermes. Ils sollicitent des offres de contrats. C'est l'acceptation des fondateurs qui parfait le contrat.

43. — Cette remarque nous permet de déterminer exactement à quel moment le souscripteur est lié. Les solutions diffèrent sur ce point. Dans la doctrine de la déclaration unilatérale de volonté, cette obligation du souscripteur prend naissance dès que cette volonté a été émise.

44. — D'après un autre système, l'engagement du souscripteur ne date que de la déclaration notariée : « L'obligation du souscripteur à exécuter sa souscription est directement prise envers la Société. Il ne faut pas la décomposer en un engagement pris d'abord envers les fondateurs et dont ceux-ci transporteraient ensuite le montant à la Société. L'engagement du souscripteur ne date que de l'acte notarié. Avant cet acte il peut se dégager *quand même il aurait reçu avis des fondateurs que sa souscription est acceptée* ; quand même il aurait déjà effectué le versement du premier quart. Il n'y a pas de lien formé envers la Société aussi longtemps que le groupe des souscripteurs n'a pas pris corps dans la déclaration notariée (2). »

(1) Lyon Caen. note Sirey, 1900, II, 65, Bing. La société anonyme en droit allemand, Paris, 1892, p. 54.

(2) Thaller. — Op. cit., 2^e édition, page 313, n^o 574.

45. — M. Thaller déduit cette conséquence de l'idée générale suivante : aucun rapport de droit ne se forme avant la déclaration notariée. Il n'y a pas lieu de décomposer les relations juridiques qui interviennent pendant la période de constitution ; les fondateurs s'effacent, ne jouent aucun rôle juridique. Les liens s'établissent directement des intéressés au corps social. La personnalité morale de la Société remonte plus haut que le jour où la Société est devenue capable de conclure des contrats avec les tiers. On doit reconnaître cette personnalité intérieure aussitôt qu'il sera établi un noyau de souscripteurs apparents couvrant le capital social et que d'autre part on sera en possession d'un acte, d'un document donnant les noms de ces souscripteurs et les montrant groupés. Cet acte est la déclaration authentique des souscriptions et des versements, accompagné de la rédaction des statuts.

46. — Cette doctrine contient une part de vérité en affirmant la vie corporative interne de la Société anonyme, antérieurement à sa constitution définitive. Mais cette conception ne doit pas entraîner la solution de la question que nous envisageons. Deux objections se présentent : l'une d'ordre juridique, l'autre d'ordre pratique. Nous croyons qu'antérieurement à la déclaration des souscriptions et des versements chez le notaire, des rapports de droit se sont établis entre souscripteurs et fondateurs ; comme nous le verrons, un rapport de représentation existe entre la collectivité des souscripteurs et les fondateurs. Le souscripteur prend un engagement que les fondateurs acceptent à

titre de gérants d'affaires de l'ensemble des souscripteurs futurs. Cette thèse est de plus dangereuse à cause de ses résultats pratiques. Un espace de temps parfois fort long s'écoule entre l'ouverture, et la clôture de la souscription publique par le dépôt de la liste des souscripteurs chez un notaire. L'incertitude la plus absolue règnera sur le nombre et l'état des souscriptions. Chacun jouissant du droit de se dégager, l'œuvre des fondateurs devient pratiquement difficile, sinon impossible.

47. — Il vaut mieux se rallier à une doctrine plus simple plus uniforme (1). L'engagement du souscripteur ne date que de l'acceptation des fondateurs. La jurisprudence française est en ce sens. Il a été décidé notamment que le contrat n'est parfait qu'au moment où le souscripteur reçoit avis de l'acceptation de sa souscription. — Cette notification peut avoir lieu par lettres spéciales ou par circulaires (2) sauf aux fondateurs à prouver que les unes

(1) Nous devons dire que M. Thaller lui-même dans ses conférences à la Faculté, postérieures à la publication de son livre fait remonter la société jusqu'à la confection des statuts. Selon M. Thaller, la Société anonyme est réputée prendre naissance au jour de l'élaboration des statuts : la constitution définitive de la Société est considérée comme une condition. Les rapports de droit sont censés se former directement entre le siège social et les souscripteurs. On peut objecter à cette conception qu'il est impossible de considérer comme une condition l'accomplissement des formalités constitutives de la Société. On ne peut transformer en condition des éléments aussi essentiels. V. Chausse. De La Retroactivité dans les actes juridiques. Rev. Crit. de Lég et de Jur 1900, pp. 529 et 547.

(2) Le moyen le plus sûr pour les fondateurs de prouver l'acceptation sera certainement d'envoyer à chaque souscripteur une lettre

et les autres sont arrivées à destination. Le souscripteur peut donc se dégager avant toute acceptation des fondateurs. « Attendu, dit un arrêt, que le demandeur justifie non seulement que l'acceptation du gérant a eu lieu et a été constatée conformément aux statuts; mais encore qu'il a adressé plusieurs lettres et circulaires aux souscripteurs afin de les inviter à verser le premier quart de leurs souscriptions; attendu qu'en cet état ce serait aux défendeurs à justifier qu'avant toute acceptation du gérant, ils ont retiré tout ou partie de leur souscription, mais qu'ils n'ont pas fait cette preuve. » En général, les législateurs abandonnent la solution de cette question à la jurisprudence. Exceptionnellement la loi allemande de 1884, art. 210, 2^e, al. 2^o) décide que c'est la liste des actionnaires présentée au juge dont dépend l'inscription au registre qui fait connaître aux souscripteurs si et dans quelle mesure les offres ont été agréées. La solution de la jurisprudence française conforme aux principes semble devoir être admise partout (1).

48. — La souscription exige pour son existence et sa validité une manifestation de volonté exempte de tout vice.

individuelle. Mais souvent le nombre des souscripteurs est considérable aussi arrive-t-il quelquefois que les fondateurs se contentent de leur envoyer une circulaire pour leur annoncer que leur souscription est acceptée. — Boistel, *op. cit.*, p. 164, n^o 225.

(1) Belgique, Namur, t. 2, p. 134. Les Codes de Commerce belge, suisse, etc.

Il faut ici appliquer les principes généraux du droit.

49. — Une personne peut avoir été amenée à souscrire par les manœuvres frauduleuses des fondateurs. La victime de ce dol peut faire prononcer l'annulation du contrat conclu et demander des dommages intérêts pour le préjudice causé⁽¹⁾. Le contrat peut être annulé pour cause d'erreur⁽²⁾ de violence⁽³⁾ ou d'incapacité⁽⁴⁾ des parties. Dans tous ces cas, la nullité qui affecte l'engagement est une nullité relative; le souscripteur est non recevable s'il a soit expressément, soit tacitement, postérieurement à la violence, à la découverte du dol ou à la cessation de l'incapacité, ratifié la convention. Il s'agit d'une cause de nullité à lui personnelle, créée à son avantage; il peut valablement renoncer à s'en prévaloir; c'est ainsi qu'il a été jugé que le souscripteur ne pourrait se faire relever de son obligation si après la découverte de la fraude il avait consenti à agir comme actionnaire⁽⁵⁾.

(1) Sirey, 62, 1, 849. Dalloz, 1862, 1, 428, Gaz. du Pal. 85, 2, 210, Rev. d. Soc., 88, 483.

(2) Paris, 22 déc. 1886, Gaz. des Trib. 11 janvier 1887, Cass. 11 déc. 1888, Dalloz 90, 1, 13.

(3) Journal des Soc., 1887, 287, Gaz. du Pal. 1885, 2, 210.

(4) Rev. des Soc., 1887, 506, 1888, 71, 1886, 447, Dall. 1888, 1, 401.

(5) Paris, 25 avril 1868, Bordeaux, 3 mars 1885.

CHAPITRE II

DE LA SOUSCRIPTION CONSIDÉRÉE COMME LA RATIFICATION D'ACTES DE GESTION D'AFFAIRES

50. — La souscription d'action constitue la ratification partielle d'actes de gestion d'affaires accomplis par les fondateurs. Ces actes sont la confection des statuts, la formation et l'exécution des contrats de Souscription.

SECTION I

De la Confection des Statuts

51. — Les fondateurs établissent les conditions du contrat de Société, les constatent dans un écrit ; ils confectionnent les Statuts. La personne qui souscrit accepte ces conditions, adhère à l'entreprise projetée, ratifie partiellement l'acte fait par les fondateurs. Si le capital est intégrale-

ment souscrit la gestion des fondateurs est totalement ratifiée. Les Statuts sont alors réputés être l'œuvre de la collectivité des souscripteurs.

52. — Cette conception cependant comporte une réserve en ce qui concerne les apports en nature. L'estimation qui est donnée par les fondateurs dans les Statuts n'est pas ratifiée par l'acte de souscription. Un vote spécial est nécessaire et la ratification est faite par les Souscripteurs réunis. Cette approbation est plus protectrice des intérêts des tiers, garantissant mieux les droits des Souscripteurs. Les fondateurs par des manœuvres et des réclames habilement menées obtiennent trop facilement des ratifications individuelles et successives. Selon le vœu de la loi la réunion, le contact, la discussion permettent aux Souscripteurs de se rendre compte de la valeur réelle des apports et de l'estimation qui leur a été donnée par des fondateurs intéressés. « L'estimation est faite par les fondateurs soit seuls, soit d'accord avec des apporteurs ; elle est consignée dans les Statuts et lorsqu'ils sont rédigés, on invite le public à souscrire. Les Souscripteurs n'ont ni l'énergie, ni les moyens suffisants pour critiquer cette estimation. Il faut accepter les statuts tels qu'ils sont ou s'éloigner d'une entreprise qui paraît avantageuse. On souscrit, on s'engage définitivement en se fiant à un prospectus dont les exagérations ne peuvent être contrôlées (1). »

53. — Lorsque la Société se constitue par fondation si-

(1) Arthuys. — Constitution des Soc. par actions, 1898, p. 52.

multanée, lorsque les fondateurs souscrivent eux-mêmes toutes les actions, les Statuts sont le résultat d'une délibération, d'une entente commune de tous les Souscripteurs. L'acte dressé sert de preuve à ce contrat. Mais au cas de constitution par fondation successive, l'acte que dressent les fondateurs constate les conditions d'un contrat qui n'est pas encore formé. Les Statuts, disent exactement les interprètes allemands, n'est pas un acte de Société ce n'en n'est que le contenu (1). C'est un projet qui se transforme en acte effectif, qui n'acquiert de réalité; que par suite de certains faits postérieurs.

54. — De là il faut tirer cette conséquence que les fondateurs peuvent modifier les statuts aussi longtemps qu'aucune souscription n'intervient. Dès que l'offre d'un souscripteur a été acceptée les statuts sont irrévocablement fixés : aucune clause des statuts ne peut être modifiée. Le montant du capital social ne pourrait être abaissé. L'Emission par exemple n'obtient pas un entier succès le projet, échoue. Les fondateurs pourraient ils se contenter du capital qu'ils ont obtenu et établir les statuts sur cette base ? Si les fondateurs estiment l'affaire possible même avec un capital inférieur ; ils devront rédiger de nouveaux statuts admettant un capital moindre et sur une nouvelle publicité par prospectus, ils recommenceront la mise en souscription, sans tenir aucun compte des premières (1).

55. — Les statuts sont donc à la base des souscriptions.

(1) Thaller. -- Op. cit., p. 250.

Les souscripteurs sont avertis, éclairés par avance du contenu de l'acte statutaire. Ils sont amorcés par des prospectus ou des moyens de publicité variés. Les statuts ne sont pas signés par les souscripteurs. La confection des statuts doit normalement précéder l'ouverture de l'émission des actions (1).

56. — Mais en fait, il peut arriver et il arrive souvent que les souscriptions soient sollicitées et recueillies, avant toute rédaction de statuts. Les fondateurs n'ont pas dressé l'acte réglementaire. Il ont fait un projet qu'ils n'ont pas signé ou bien ils n'ont pas fait de statuts du tout, Ils convoquent ceux qu'ils espèrent convaincre. C'est ultérieurement qu'ils ont, chez un notaire, dressé, après la souscription close, un acte qui n'existait pas au point de vue juridique.

57. — La loi française ne fixe pas d'ordre déterminé entre ces deux opérations. Il y a là un péril à courir pour les souscripteurs. Il est à craindre que, si l'on a affaire à des

(1) A ce sujet il est utile de citer deux arrêts de la Cour suprême de commerce d'Allemagne : suivant un arrêt du 8 juin 1875 celui qui souscrit des actions en se soumettant aux statuts non encore faits n'est pas lié même s'il a fait le premier versement. Un arrêt du 11 avril 1876 a ajouté que la souscription, antérieure aux statuts, peut être rendue valable par l'acceptation ultérieure de ceux-ci. Toutefois d'après un arrêt du 11 septembre 1877 l'acceptation verbale des statuts ne suffit pas.

Contre le danger signalé et pour donner à la souscription son caractère véritable, la confection des statuts devrait précéder la formation du contrat de souscription. En Belgique notamment les statuts doivent être complets dès le début. D'après le projet français et la loi belge ils doivent être publiés à titre de projet.

fondateurs de mauvaise foi, le texte primitif, l'avant-projet ne subisse une retouche. Les souscripteurs peuvent protester contre cette altération, non pour la faire annuler, mais pour faire rétablir les statuts dans leur contexte primitif. Ils doivent prouver l'altération qui pourra être établie par témoins quelque soit le caractère civil ou commercial des rapports existant entre fondateurs et souscripteurs, c'est un fait qui peut être prouvé par tous moyens (1) ; c'est cette possibilité dans notre droit pour les fondateurs de modifier les statuts qui fait écrire à M. Thaller : « L'écrit rédigé par les fondateurs à ce moment en vue de solliciter les souscriptions n'a encore aucune valeur de droit. Ils ne sont même pas forcés d'en dresser un ; seul le document qui sera déposé chez le notaire ou établi par devant lui lors de la déclaration des souscriptions, fera loi au regard de la Société. D'où il suit qu'un fondateur lie les souscripteurs au texte de ce document quoique non conforme par hypothèse à l'avant-projet sauf procès en responsabilité s'il a abusé de leur bonne foi (2) ».

58. — Il est inexact de considérer les statuts comme constituant un contrat de Société. Les personnes qui rédigent les statuts peuvent n'avoir nullement l'intention de devenir actionnaires. On ne peut pas dire qu'elles se soient engagées vis-à-vis des souscripteurs à faire un contrat de Société et l'on peut encore moins soutenir que la souscription d'action comporte de la part des souscripteurs un en-

(1) En ce sens. Thaller a sa conférence.

(2) Thaller. — Op. cit., 2^e éd, n^o 577, p. 312.

gagement de former une Société avec les rédacteurs des statuts. Mais si les statuts ne peuvent être considérés comme un contrat de Société, ils n'en ont pas moins une importance considérable. Chacun des actionnaires a le droit d'être traité conformément aux statuts.

59. — On devrait conclure de ce fait que les statuts ont été ratifiés, qu'il ne peut être porté aucune modification aux statuts sans le consentement de tous les associés, qu'une simple décision prise à la majorité est insuffisante ; cette conception se heurte aux exigences de la vie pratique (1). Il arrive fréquemment que des circonstances nées depuis l'élaboration des statuts exigent simplement une légère modification. Mais on ne pourra pas porter atteinte aux bases essentielles de la Société. Pendant la période préparatoire, dès qu'une souscription est acceptée, les fondateurs ne peuvent pas toucher aux statuts. Lorsque le capital social est entièrement souscrit, la vie corporative, la personnalité interne de la Société prend naissance : « L'assemblée des souscripteurs pourra introduire des modifications dans les statuts. Si ces modifications sont possibles, après la mise en marche de la Société par une délibération d'une assemblée extraordinaire, il n'y a pas lieu de les interdire aux mêmes conditions de majorité, lorsque la constitution est encore en suspens (2) ».

(1) Haberstich, Manuel du droit fédéral des obligations, traduit par Ch. Gillieron, tome 2, pp. 159, 160, 161.

(2) Thaller, *Op. cit.*, p. 315, n° 576, v. pour l'extension des pouvoirs des assemblées constitutives, Goiffon, thèse.

SECTION II

Formation des Contrats de Souscription

60. — Les fondateurs, après avoir dressé les statuts, font appel au public pour obtenir les souscriptions. A quel titre agissent-ils ? quel est leur rôle juridique, leur qualité en sollicitant et en acceptant les offres des souscripteurs (1) ?

61. — Dans la théorie de la déclaration de volonté unilatérale obligeant le souscripteur par cela seul qu'il a fait une offre, cette question ne se pose pas. — Les fondateurs sont de simples intermédiaires, ils n'ont aucun rôle juridique à jouer.

62. — Les fondateurs ne sont pas certainement les mandataires de la Société anonyme. — Le mandat suppose l'existence de deux personnes juridiquement capables ; or, la Société n'existe pas encore à ce moment, le néant ne peut conférer un mandat (2).

63. — Certains auteurs prétendent voir dans cette opéra-

(1) Dell'importanza pratica di questa costruzione giuridica si ha un esempio nel modo con cui ho risolto, in senso contrario alla giurisprudenza francese, la questione sull'importanza dei raggiri usati dai promotori per carpire le sottoscrizioni e sui rischi e pericoli delle cose conferite in società consegnate ai promotori. Vivante, op. cit., n. 362, p. 403, note 22.

(2) Vivante. Op. cit., page 401, n. 351.

tion juridique une stipulation pour autrui. « La stipulation pour autrui est l'un des instruments que le législateur lui-même a mis à la disposition de la jurisprudence pour élaborer le droit coutumier. Par là se sont glissées nombre d'institutions récentes qui déjà tiennent une place capitale dans la pratique contemporaine. Peut-être demain faudra-t-il recourir à la stipulation pour autrui pour faire place à de nouvelles créations de la vie. On jette dans son moule les institutions nouvelles pour leur ouvrir l'accès de notre droit » (1).

64. — L'obligation qui naît du contrat de souscription, dit M. Renaud, a cela de particulier qu'elle n'est pas contractée envers les promoteurs, mais envers une personne tierce et incertaine, la société future, en laquelle se fixent dès la constitution, tous les droits que les promoteurs ont acquis contre les souscripteurs du fait même de la souscription (2). C'est donc là un cas de stipulation pour autrui d'autant plus exorbitant du droit commun que le bénéficiaire de la stipulation est une *personnes incerta*.

Il s'agit, dit un autre auteur, d'un contrat où l'un des contractants stipule, c'est-à-dire se fait promettre directement au profit d'une tierce personne ; cette tierce personne — la société — n'existe même pas encore. Elle est en train de se constituer (1).

(1) Ed. Lambert. De la Stipulation pour autrui, thèse. Introduction.

(2) A. Renaud. — Op. cit. p. 243-242.

(1) De Muralt. — Op. cit. page 67 n° 26.

65. — Un pareil contrat n'aurait pas été valable en Droit Romain ; en présence de la règle « *nemo alteri stipulari potest* », bien que cette règle ait à Rome souffert quelques exceptions. Dans la législation Suisse la théorie de la stipulation pour autrui pourrait dans notre cas trouver son application. Le Code fédéral de 1881, art. 128, accorde en toute hypothèse une action tendant à exiger l'exécution au profit du tiers à quiconque agissant en son propre nom a stipulé quelque chose pour autrui. La stipulation pour autrui lie le promettant envers le tiers toutes les fois que le stipulant aurait un intérêt démontré à ce que ce lien existât. En fait le stipulant y a toujours un intérêt, car à moins d'être fou on ne stipule pas pour autrui si on n'a pas quelque intérêt pécuniaire ou moral. Cet intérêt existe dans notre hypothèse « c'est l'intérêt particulier des fondateurs à ce que la société se constitue, partant à ce que les actions soient souscrites ; il peut presque toujours s'apprécier en argent : la plupart du temps, il consistera en commissions, bénéfices sur apports, avantages particuliers de diverse nature. Mais lors même qu'il n'y a ni apports ni avantages particuliers, lors même que les fondateurs agissent dans un but désintéressé, patriotique, philanthropique, ils ont intérêt à ce que la fondation réussisse, non seulement parce qu'ils sont attachés à leur œuvre et qu'il est toujours pénible d'essuyer un échec mais encore parce qu'ils ont eu des déboursés à faire, des frais de fondation, de publicité et que toutes ces dépenses c'est

eux qui les supporteront si l'entreprise n'aboutit pas (1). »

66. — Cette solution radicale ne saurait être admise dans notre droit. Elle ne cadre pas avec les principes admis par notre législation positive. Il faudrait pour cela rayer l'article 1119 du code civil. Cet article pose en principe que chaque contractant ne peut stipuler que pour lui-même. L'article 1121 vient, il est vrai, apporter des tempéraments, certaines exceptions à cette règle. La stipulation pour autrui n'est pas permise d'une manière absolue. Il faut qu'elle s'appuie sur quelque chose. Elle ne peut être que la charge ou la condition d'une convention principale, produisant ses effets entre les parties et lui servant de base ou de support. Notre loi n'admet pas la stipulation pour autrui à l'état isolé, lorsque l'intérêt du tiers en est l'objet unique; mais la pratique et la jurisprudence ont donné une extension indéfinie à l'art. 1121 (2). Jusqu'où va cette étendue d'application? Où s'arrête-t-elle? Le simple intérêt moral pour le stipulant suffit-il pour valider la stipulation pour autrui? On résout la difficulté, en s'arrêtant à un moyen terme. On étendra l'article 1121 mais seulement dans certaines limites, on donnera bien action au stipulant quand il aura intérêt à l'accomplissement de sa promesse mais on exigera qu'il ait un intérêt appréciable en argent.

(1) De Muralt. — Op. cit. page 68 n° 26.

(2) « On ne peut stipuler pour autrui n'est plus qu'une formule morte et vide de sens et son maintien dans nos lois doit être considéré comme un phénomène de survivance historique. » Planiol, tome 2 p. 397.

67. — Ce support de la stipulation pour autrui existe-t-il dans notre cas ? En fait il est certain que les fondateurs recherchent le plus souvent une rémunération pour les services qu'ils rendent. Mais il peut arriver que leurs efforts leur activité dépensée, leurs démarches n'aient pas un but lucratif. La stipulation pour autrui ne peut dès lors trouver son application. D'ailleurs il nous semble préférable de nous rallier à une autre idée, tant au point de vue théorique que pratique.

68. — Il est une institution juridique de nature à expliquer nettement le rôle des fondateurs : c'est la théorie de la gestion d'affaires. Il y a gestion d'affaires, toutes les fois qu'une personne accomplit un acte juridique dans l'intérêt d'autrui sans en avoir été chargée. Cette conception cadre bien avec le rôle joué par les fondateurs. En sollicitant et en acceptant l'offre du souscripteur, les fondateurs agissent à titre de gérants d'affaires de la collectivité des souscripteurs. La ratification de cette gestion pour chaque souscripteur s'opère par sa souscription. Lorsque tout le capital a été souscrit la gestion des fondateurs est complètement ratifiée. Dès lors on peut affirmer qu'un rapport de représentation juridique existe entre la collectivité des souscripteurs et les fondateurs (1).

69. — Ce n'est pas la seule hypothèse ou ces deux institutions, « stipulation pour autrui, gestion d'affaires » entrent

(1) Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*. Thèse.

en lutte, en quelque sorte, pour l'explication d'un acte juridique. « La stipulation pour autrui et la gestion d'affaires apparaissent nettes, saillantes, en théorie, interrogez les faits, tout change, ce qui paraissait net devient vague et incertain. Que l'on place en face l'une de l'autre un cas de représentation et de stipulation pour autrui et l'on sera étonné de voir combien est vague la nuance qui les différencie (1). » La matière des assurances contre les accidents, pour ne citer qu'un exemple, nous le montre. Le patron d'une usine soumis à une responsabilité assez lourde au cas où un accident était arrivé à un de ses ouvriers par sa faute, prenait soin de s'assurer lui-même, en assurant ses propres ouvriers contre les accidents, et en leur faisant subir dans ce but une légère retenue sur leurs salaires. On se demandait si l'ouvrier blessé avait une action directe contre la Compagnie ou s'il en était réduit à son recours contre le patron. Les premiers arrêts lui avaient refusé cette action directe parce qu'il n'avait pas traité avec la compagnie (2). Mais la cour de cassation avait fini par reconnaître l'existence de cette action au profit de l'ouvrier en la fondant sur une idée « de gestion d'affaires (3). » Les cours d'appel

(1) « La Représentation et la stipulation pour autrui ont plus d'une fois lutté pour les mêmes causes et si l'une a triomphé de l'autre il ne faut voir là qu'une solution de tendance plutôt que la stricte application des principes. » Pilon. op. cit. p. 210 n° 150.

(2) Rouen. 25 Juillet 1881. D. 1882. 2. 63 S. 82. 2. 112 Cass. 23 Juillet 1884. D. 1885. 1. 168.

(3) Cass. 1^{er} Juillet 1885, D. 1886. 1. 201, S. 85. 1. 409.

avaient adopté la même solution (1). Quelques-unes préféreraient dire qu'il y avait « stipulation pour autrui » et appliquent l'art. 1121 (2).

70. — Il est certain que ces deux institutions présentent des ressemblances et offrent des caractères d'affinité très accentués. Un lien intime existe entre ces deux théories, différentes, cependant de la gestion d'affaires et de la stipulation pour autrui, si bien qu'on hésite parfois à faire un choix entre les deux. Certains auteurs, poussant l'assimilation très loin, ont été jusqu'à prétendre que toute stipulation pour autrui constituait un acte de gestion d'affaires (3). « Celui qui stipule pour autrui sans en avoir reçu le mandat, est un gérant d'affaires, car il fait pour le compte du tiers, une opération qu'il aurait pu faire en qualité de mandataire, s'il en avait eu préalablement le pouvoir. L'adhésion que donne le tiers plus tard au contrat, est une ratification qui le rend définitif » (4).

71. — A la vérité, ces deux institutions ont une portée d'application propre, un domaine différent. Si dans la stipulation pour autrui, qui est une opération complexe,

(1) Rennes. 22 Mars 1887 D. 1888, 2. 224. Dijon. 11 Juillet 1890. D. 1891. 2. 237. Paris 22 Juin 1895 D. 96. 2. 43 S. 1897 2. 22 et la note. Paris 22 Juillet 1897 Gaz. Pal. 9 nov 1897.

(2) Amiens. 6 janvier 1886 et Toulouse 9 février 1886 D. 1886 2. 61. et 171. Douai 15 Juillet 1895 D. 97. 2. 373.

(3) Pothier. Traité des Obligations, n° 59. Demolombe, t. 24, n° 236 et s.

(4) Planiol. Op. cit., tome 2, p. 387, n° 1278. Labbé, De la Ratification des actes d'un gérant d'affaires, p. 55.

on isole les relations du stipulant et du tiers bénéficiaire, il est exact de considérer le rôle du stipulant comme celui d'un gérant d'affaires, car la notion large de cette opération juridique implique qu'on s'occupe des affaires d'autrui, qu'on améliore son sort, qu'on augmente son patrimoine. « Si on distingue les relations du promettant avec le tiers d'une part, avec le stipulant de l'autre, on a la possibilité de traiter le stipulant comme un simple gérant d'affaires, pour ce qui concerne la stipulation faite au profit de ce tiers » (1).

72.— Mais il ne faut pas oublier que ce n'est pas là tout le contrat.

On doit partir de l'idée que, dans la stipulation pour autrui, le stipulant a le plus souvent intérêt à l'exécution de la promesse qui lui est faite à lui, mais pour autrui; c'est généralement ce qui en fait la validité. L'intervention du tiers bénéficiaire est considérée comme secondaire, et effacée. Il faut appeler contrat en faveur d'autrui celui dans lequel suivant l'intention commune des parties on procure à un tiers soit un droit réel ou personnel soit la libération d'une dette. A la différence des contrats par représentants, le contrat en faveur des tiers est un acte composé; il donne lieu à une triple espèce de rapports de droit : 1°) Entre promettant et stipulant, entre le stipulant et le tiers, entre le promettant et le tiers. Le contrat par

(1) Planiol. Op. cit., p. 388, n° 1281, *in fine*.

représentants — la gestion d'affaires en est un — est celui dans lequel une personne, d'accord avec une autre, stipule au nom d'un tiers qu'elle a qualité pour représenter. Si on envisage les deux rapports dans leurs effets, la stipulation pour autrui, comme la représentation, met en présence 3 personnes dans le premier cas, deux ont le droit d'exiger l'exécution du contrat : le stipulant et le bénéficiaire. Dans le second cas le représenté seul a une action directe. On peut encore dire que la stipulation pour autrui crée un rapport entre trois personnes et aussi entre trois patrimoines. La représentation ne crée de rapports qu'entre les deux patrimoines du tiers contractant et du représenté (1)

(1) « Entre ces deux notions il y a un abîme. Sans doute leur but semble identique. Elles cherchent toutes deux à créer au profit d'une personne étrangère au contrat un droit propre et personnel, mais les moyens qu'elles emploient et les conséquences qu'elles produisent entre les parties contractantes sont bien différents. » Le Bray. Rapports de la stipulation pour autrui et de la gestion d'affaires. Thèse 1900. Conclusion. Un auteur, M. Vignes, thèse Paris, a ramené à quatre les différences pratiques qui séparent ces 2 institutions : 1^o Dans le contrat par représentants, si le maître ne ratifie pas le contrat fait en son nom, il n'y a pas de convention. S'il ratifie il prend, dans la convention, la place du gérant. Le contrat en faveur d'un tiers est au contraire une convention ferme qui sera toujours maintenue, que le tiers accepte ou non. Et même quand le tiers accepte le stipulant reste toujours partie au contrat, il conserve ses droits. C'est lui qui reste le stipulant même après l'acceptation du tiers. 2^o Celui avec qui contracte le gérant au nom du maître ne peut avoir comme contractant que le maître, jamais le gérant. Le promettant dans le contrat en faveur du tiers a traité avec le stipulant, il est toujours sûr d'être lié avec lui. 3^o Le contrat fait *nomine alieno par negotiorum gestio* est un contrat ordinaire avec cette particularité que le représenté est censé avoir parlé et contracté lui-même.

et dès lors on peut conclure, que le contrat en faveur du tiers, peut être dans les rapports du stipulant et du tiers l'accomplissement d'une *negotiorum gestio*. Le cas sera rare. Le plus souvent le gérant qui contracte pour autrui devra être considéré comme son représentant. L'intérêt pratique qu'il y a à choisir entre ces deux interprétations est le même que celui qui explique la distinction entre les contrats en faveur des tiers et les contrats par représentants (1).

74. — Les opérations accomplies par les fondateurs sont des actes de gestion d'affaires passés au nom de la collectivité des souscripteurs futurs. « Il y a, dit un auteur, entre le rôle que jouent les fondateurs et celui d'un représentant, d'un gérant d'affaires, de très fortes ressemblances. Les fondateurs travaillent et dans le cas spécial, contractent volontairement sans mandat en faveur de la Société future. Ils n'ont du reste pas l'intention de la gratifier aussi longtemps que la Société sera incapable d'user elle-même de ses droits les fondateurs agiront pour elle ; ils exigeront à son profit l'exécution des obligations des souscripteurs. Ne sont-ils pas ses gérants d'affaires ? » (2).

Le contrat en faveur du tiers fait naître un triple ordre de rapports.
4° Le représentant ne peut révoquer à son profit le contrat qu'il a fait au nom d'autrui. Dans ce tains cas celui qui stipule *nomine proprio in favorem tertii* pourra révoquer l'avantage fait au profit du tiers. » Pilon. Op. cit. thèse, p. 204, note.

(1) Vignes. — Des rapports de la gestion d'affaires avec la stipulation pour autrui. Conclusion.

(2) De Mural, op. cit. p. 69, p. 70.

75. — Mais il a été écrit et jugé qu'il ne peut y avoir de gestion d'affaires que pour une affaire déjà existante, née indépendamment de l'action du gérant et dans laquelle il ne fait qu'intervenir (1). L'immixtion du gérant ne se comprend qu'à propos d'une affaire antérieurement entamée.— Or, dans ce cas, la relation juridique du promettant et du bénéficiaire est l'œuvre exclusive du stipulant. Elle est née de sa seule action (2).

76. — Nous croyons erronée la décision par laquelle la Cour de Bordeaux, en 1828, déclare qu'une stipulation au profit d'un tiers ne peut constituer un acte de gestion d'affaires, quand elle n'atteint pas un bien dépendant de son patrimoine. Tout *negotium alieni* peut constituer une gestion d'affaires, quand le maître ratifie l'opération. « Comme le dit M. Planiol, sous sa forme primitive la gestion d'affaires supposait que les biens ou les intérêts d'une personne absente se trouvaient en souffrance et qu'une autre personne, pour lui éviter un dommage se chargeait d'y pourvoir par exemple, en faisant une opération urgente. Il résultait de là que la gestion d'affaires intervenait à l'occa-

(1) Bordeaux, 21 juin 1827. Dalloz, 1828, 2.8. « Attendu que Grellier père ne peut pas être censé avoir agi en leur nom, en qualité de *negotiorum gestor*, qu'il est de principe que ce quasi-contrat ne saurait exister sans une affaire dont la gestion soit la matière et que dans l'espèce, il est évident que la déclaration que le père fit en faveur de ses fils, lors de l'adjudication, n'était point la conséquence d'une affaire commencée qui les concernât et qui pût être l'objet de son intervention. »

(2) Worms. — Op. cit. p. 126. Vivante, op. cit. p. 401, n° 361.

sion d'un bien ou d'un droit déjà acquis à l'intéressé et figurant dans son patrimoine. De là le nom de maître que l'on donne à celui dont l'affaire a été gérée. Mais dans le droit moderne, la notion de gestion d'affaires s'est élargie et on valide comme telle la convention faite dans l'intérêt d'autrui à l'effet de lui faire acquérir un droit qui ne lui appartient pas encore (1). » Ainsi donc tout acte juridique fait sans mandat, au profit d'autrui peut constituer une gestion d'affaires si l'intéressé ratifie.

77. — Il existe donc un rapport de représentation (2) entre l'ensemble des souscripteurs et les fondateurs, représentation, qui découle d'une gestion d'affaires entreprise par ces derniers. C'est là le trait distinctif de la gestion d'affaires. Il y a représentation lorsqu'une personne déclarant sa propre volonté stipule que le contrat produira effet directement dans le patrimoine d'une autre qu'elle représente (3). Le représenté, ici, c'est la collectivité des souscripteurs.

78. — Ce groupement au moment où les fondateurs sollicitent les souscriptions n'existe pas encore, mais on sait que le représenté peut ne pas exister au moment où le représentant conclut l'acte qui doit produire effet dans son

(1) Planiol. — Op. cit., t II, p. 681, n° 2274.

(2) La représentation, d'une façon générale, permet l'extension de l'activité juridique d'une personne. Suppléer, compléter ou multiplier l'activité juridique d'une personne tel est le rôle de la représentation. Savigny, système, t. 3, p. 113, Ihering, op. cit. t. 4, p. 66, 215, Pilon, thèse, p. 4.

(3) Pilon. — Op. cit. p. 47.

patrimoine. Le représenté peut être une personne future ou indéterminée (1).

79. — De cette manière de voir, il résulte qu'après la souscription, le souscripteur est directement lié envers le corps social. Le contrat de souscription est réputé avoir été conclu avec l'ensemble des souscripteurs. Pour la conclusion de chaque souscription, les fondateurs ont traité au nom de tous les autres souscripteurs. Il y a là, la substitution juridique d'une personne à une autre. Les règles de la représentation doivent trouver leur application.

80. — Cette conception entraîne des conséquences pratiques importantes. Elle va nous permettre d'indiquer quel est l'effet des manœuvres dolosives des fondateurs sur la validité de l'engagement du souscripteur.

81. — Partant de l'idée que les fondateurs ont stipulé au profit d'autrui, certains auteurs refusent l'exception de dol aux souscripteurs. Les fondateurs, dit-on, sont des tiers dont le dol ne saurait nuire à la Société. Comme il y a là un cas de stipulation pour autrui, il en ressort que la Société, personne tierce, ne saurait être, en aucun cas, grevée d'aucune obligation envers les souscripteurs par les promoteurs. Seulement en cas de manœuvres dolosives ayant pour but d'inviter le public à souscrire, les promoteurs seraient passibles de réparation envers les souscripteurs (2). « Se invece il consenso gli fu carpito dai promotori dolosamente

(1) Pilon, *op. cit.*, p. 70, n° 78. Dernburg *Preuss. Privatrecht* II, 607.

2) A. Renaud. — *Op. cit.*, p. 266.

non potrà chiedere lo scioglimento della sua obbligazione nè rispetto ai creditori sociali nè rispetto alla società, sia perchè i raggiri dei promotori non sono i raggiri della società nè de suoi rappresentanti, sia perchè gli altri soci fidarono nella sua sottoscrizione quando riebbero l'intera sottoscrizione del capitale e su questa base stipularono l'atto costitutivo (1). »

82. — A notre avis, par suite du rapport de représentation que nous avons indiqué, le souscripteur peut agir contre le siège social pour faire prononcer la nullité du contrat de souscription, à raison des manœuvres dolosives des fondateurs, qui l'ont déterminé à souscrire. Cette solution est admise par MM. Lyon-Caen et Renault dans les termes suivants: « La Société n'existant pas encore, au moment où la souscription a lieu est représentée par les fondateurs qui en ouvrant la souscription, stipulent à son profit comme gérants d'affaires (2) » et plus loin: « Des manœuvres frauduleuses ont été pratiquées afin de déterminer à souscrire les actions; ces manœuvres émanent des fondateurs. Ceux-ci sont les gérants d'affaires de la Société; or, le dol du gérant peut être invoqué contre le maître de l'affaire comme le dol du mandataire peut l'être contre le mandant (3). »

83. — Il est nécessaire de préciser davantage. Dans la pensée de ces auteurs, la Société n'est envisagée que comme

(1) Vivante. — Op. cit., t. I, n° 357, page 398.

(2) Lyon-Caen et Renault. — Op. cit., t. 2, n° 686 bis, p. 544.

(3) Lyon-Caen et Renault. — Traité de Droit commercial, t. 2, n° 689, p. 549.

personne externe. Et pourtant nous avons vu, qu'une vie corporative interne prend naissance dès que le capital social est intégralement souscrit et qu'une preuve authentique de ce fait existe. Avant la constitution de la Société, il s'ouvre une période, pendant laquelle certaines formalités sont accomplies, certaines opérations exécutées par les fondateurs.

84. Ceux-ci peuvent faire des actes juridiques qui intéressent la Société capable de contracter avec le public : il arrive fréquemment que l'intérêt ou les besoins de la Société future contraignent les fondateurs à mettre les usines en mouvement, à passer des contrats, à commencer l'exploitation de l'entreprise. Quel est l'effet de ces actes ? Quelles sont les personnes qui vont supporter les obligations qui naissent ? Dans ces cas, les fondateurs s'engagent eux-mêmes ; ils n'obligent pas la Société. Ils ne peuvent pas être considérés comme les mandataires de la Société. Celle-ci n'existe pas. Les fondateurs se constituent les gérants d'affaires de la compagnie. Toute opération qu'ils croiraient devoir faire au profit de la Société peut être ratifiée par les personnes qui durant le fonctionnement de l'entreprise ont qualité pour représenter le Siège Social. Toutefois les actes que les représentants de la Société ratifient doivent entrer dans le cercle de leurs attributions et ne pas dépasser leurs pouvoirs (1).

(1) « Un fondateur fait des ventes et achats. Pourvu qu'il les effectue sous son propre nom, il agit légalement, en cédant ensuite à la Société le résultat de ses opérations. Il les fera approuver par le

85. — Les fondateurs peuvent, en outre, agir à titre de gérants d'affaires (1) au profit de la société envisagée non pas comme **personne** externe, mais au profit de la collectivité des souscripteurs considérés dans leurs rapports respectifs, en faveur de la Société douée d'une personnalité interne (1). Chaque souscripteur ratifie les actes de gestion accomplis par les fondateurs, au moment où il souscrit et lors que le capital social est couvert, la gestion des fondateurs est totalement ratifiée : de là l'obligation pour eux de supporter les frais relatifs à la constitution de la société (Démarches, commissions, conseils) si celle-ci ne peut pas se former. De là aussi l'obligation pour les fondateurs de répondre envers les personnes qui ont souscrit le capital en

premier conseil d'administration. La Société se substituera au fondateur dans ces divers contrats actif et passif, succédant à ses engagements, à ses marchandises, à ses recouvrements, à ses marchés, lui remboursant ses impenses ; il ne sera pas nécessaire de soumettre à la procédure de vérification et d'affirmation des apports cette transmission d'opérations ». Thaller op. cit. 2^{me} Edition, n° 577. « Pour qu'une vente faite à une société en voie de formation puisse recevoir sa consécration il faut qu'elle soit acceptée après la constitution de cette société par ses représentants légaux. Une Société ne peut contracter, s'obliger, acquérir avant d'exister par l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par la loi pour sa constitution définitive ». Houpin. Journal des Sociétés 1883, p. 108.

(1) « Les fondateurs sont des mandataires de la société avant la lettre, à l'inverse de ce qui se passe dans la constitution d'un mandat quelconque, ici c'est le mandataire qui crée le mandant et celui-ci par une ratification postérieure lui conférera tous les droits du mandataire. Après l'acceptation des administrateurs leur mission est terminée ainsi que leur mandat envers la société. » Deloison, Gazette des Tribunaux, 11 février 1884.

partia, de l'échec de l'émission si celui-ci provient de leur fait et leur cause un préjudice. Le plus souvent la non constitution de la société sera due à un cas fortuit ou à un cas de force majeure. Les souscripteurs sont alors déliés de leur obligation. Ils peuvent reprendre le numéraire versé.

86. — Cette distinction établie entre les diverses opérations accomplies par les fondateurs n'a pas un grand intérêt pratique. Mais elle importe pour la clarté des idées et la précision des rapports juridiques qui se forment pendant cette période.

87. — Les fondateurs agissent à titre de gérants d'affaires de la collectivité des souscripteurs. Après la souscription intégrale du capital social, un rapport de représentation juridique existe entre ces deux groupes de personnes (1). Parmi ceux qui voient un rapport de représentation entre les fondateurs et la Société quelques-uns permettent d'invoquer l'exception de dol contre la société (2).

(1) Nous n'envisageons en ce moment que les rapports de la société et du souscripteur. Nous laissons de côté les relations entre tiers créanciers et souscripteurs.

(2) C. f. Dernburg Preuss Privatrecht. t, 2, p. 605 avec des réserves.

Critique de l'arrêt dans D. 1868, 1 379. « Sans doute le dol serait une cause de nullité du contrat vis-à-vis de la Société elle-même au nom de laquelle l'exécution ne pourrait pas dès lors en être exigée. Sur ce point la Cour nous semble avoir été trop loin, lorsque pour écarter l'exception de dol elle déclare que : ce n'est pas envers le gérant personnellement mais envers la société que les actionnaires se sont engagés à verser le montant de leurs souscriptions et paraît dire ainsi que la fraude du gérant laisserait subsister la souscription au profit de la société demeurée étrangère à la fraude. Le gérant est

D'autres penchent pour la solution contraire (1).

68. — Il paraît impossible d'admettre, disent les partisans de cette dernière opinion que les fondateurs ont agi avec dol, en tant que représentants de la société ; le fait de commettre des agissements illégaux n'est pas compris dans un mandat si large qu'on le suppose donné à un représentant.

89. — Les fondateurs sollicitent et acceptent les engagements au nom de la collectivité des souscripteurs. Ceux-ci en souscrivant ratifient l'acte de gestion d'affaires que les promoteurs ont accompli. Par suite de la ratification, la gestion d'affaires est transformée en un mandat ; or le dol du gérant peut être opposé au maître de l'affaire comme le dol du mandataire peut être invoqué contre le mandant. Les souscripteurs doivent répondre envers le tiers victime du dol des faits de leurs agents. S'il y a une faute commise, ils doivent en être tenus comme le commettant est tenu des fautes de son préposé.

90. — Le mandataire peut agir avec dol même en tant que représentant du mandant. « Le principe de la représentation nous paraît entraîner pour tous ceux qui sont représentés par des mandataires conventionnels ou légaux,

le mandataire de la société et le dol du mandataire est opposable au mandant »

(1) Eudemann. Das Deutsche Handelsrecht. 3^e éd. p. 266. Wiener Die Errichtung der actiengesellschaft dans Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. t. XXIV, p. 450 et s. De Muralt. op. cit., p. 75, n^o 32.

l'obligation de subir les effets du dol de leurs mandataires tant au point de vue de la nullité de l'acte que de la réparation du préjudice causé. On dit que le mandataire ne représente le mandant que dans les limites du mandat et que le mandat n'implique pas pouvoir de commettre un dol. L'objection n'est en rien décisive. Le mandant qui n'a pas dicté à son mandataire, par sa procuration les conditions de l'acte à réaliser ou le mode d'exécution de l'acte, qui a laissé au mandataire le soin de suivre lui-même l'affaire à lui confiée doit, vis-à-vis des tiers, subir les conséquences des actes de son mandataire, si ces actes n'excèdent pas les limites des pouvoirs résultant du mandat. Bien que le mandant n'ait pas donné ordre de mal gérer, de commettre des fautes, il est tenu des faits du mandataire de ses fautes et de ses négligences. Tous les *actes rentrant dans les limites du mandat* produisent leurs effets contre lui qu'ils aient été faits scrupuleusement ou non avec bonne ou mauvaise foi. Il en est du dol du mandataire comme de ses fautes de gestion, s'il s'agit d'un acte rentrant dans la mission qui a été confiée au mandataire le mandant est tenu (1) ». Il a été jugé (2) par application de ces principes que le gérant d'une Société en commandite, la personnifie vis-à-vis des tiers, s'il contracte au nom de celle-ci dans la sphère de ses attributions, c'est la Société elle-même qui contracte ; s'il pratique des manœuvres frauduleuses, la

(1) Tissier. Note sous Cass , 15 juin 1898, Sir. 1899, 1, 205.

(2) Cass., 15 janvier 1872, Sir. 1872, 1. 9.

Société doit réparer le préjudice. Il a été décidé qu'une Société est tenue de réparer le préjudice causé par ses représentants à la suite de manœuvres frauduleuses ayant pour but d'obtenir des souscriptions. La Société est responsable des manœuvres à l'aide desquelles une autre personne chargée d'obtenir des souscriptions a extorqué le consentement de certains souscripteurs (1).

SECTION III

De l'Exécution des Contrats de souscription

91. — La loi du 24 Juillet 1867 modifiée par la loi du 1^{er} Août 1893 exige pour qu'une Société soit valablement constituée qu'une partie ou que la totalité de la somme promise par le souscripteur soit versée. Le législateur par cette prescription a voulu s'assurer du caractère sérieux de la Souscription ; il a voulu empêcher la formation des Sociétés dans lesquelles les souscripteurs ne cherchent pas à conserver un intérêt, mais désirent simplement obtenir des titres qu'ils sont hors d'état de libérer même partiellement et sur lesquels ils espèrent se procurer un bénéfice facile,

(1) Cass. 30 juillet 1890. Sirey, 1896. 1. 288.

par une revente immédiate et après une hausse provoquée par des procédés factices; il fallait en outre assurer à la Société naissante, la possibilité de commencer les opérations sociales (1).

92. — La notion de gestion d'affaires trouve une application intéressante et avantageuse en ce qui concerne les versements imposés par la loi aux souscripteurs pendant la période constitutive.

93. — Ce versement a lieu habituellement au moment de la répartition (2) à moins qu'on ne l'ait demandé en même temps que la souscription. Il est constaté par un reçu, un récépissé, dénommé « certificat provisoire d'action. » La loi ne détermine ni à qui ni par qui le versement doit être opéré.

94. — Faut-il que ce soit dans la caisse sociale? Il est difficile de dire qu'il y a une caisse sociale tant que la société n'est pas constituée.

(1) Arthuys, op. cit. p. 34. D. 1886. I. 273. Palloz V^o Soc. n^o 1180. Lyon Caen et Renault. Traité des Soc. n^o 695-696.

(2) Si la souscription a lieu dans un seul endroit, on peut la clore quand le capital émis est souscrit; mais si elle est ouverte, le même jour, sur un certain nombre de places différentes, on ne connaîtra le plus souvent, le chiffre exact des souscriptions que lorsque cette souscription sera close par l'arrivée du terme indiqué dans le prospectus. En pareil cas tous les souscripteurs ont droit à un traitement égal, en principe et par suite les fondateurs doivent procéder à une réduction proportionnelle dite répartition, de toutes les souscriptions, sans tenir compte de leurs dates respectives; seuls les souscripteurs d'une seule action échapperont à toute réduction. Dalloz Supp. V^o Société, n^o 1206. De Muralt. op. cit. p. 87 n. 40. Contra. Bing. op. cit. p. 70.

95. — En pratique le paiement est fait aux fondateurs ou aux personnes chargées par eux de recueillir les sommes pendant cette période de constitution, ce sont les fondateurs qui représentent la collectivité des souscripteurs à titre de gérants d'affaires, aussi est-ce entre leurs mains qu'il est d'usage d'opérer les versements. Les fondateurs sollicitent ces versements et au besoin ils doivent poursuivre judiciairement l'exécution de cette obligation. Une demande judiciaire (1) doit être formée contre chacun des souscripteurs en retard. Du reste dans cette situation les fondateurs ont l'option entre deux actions. Ils peuvent conclure au paiement de la somme exigible ou à la résolution de la souscription pour inexécution des conditions sauf à remplacer la souscription par une autre, pour compléter le capital social.

96. — Les fondateurs représentant l'ensemble des souscripteurs, doivent être considérés comme des dépositaires des fonds versés. Le numéraire ne leur appartient pas. Ils leur est impossible de l'employer pour conclure des opérations sociales. La société n'étant pas encore constituée et ne pouvant pas contracter avec le public. Les fondateurs ont la réception mais non le maniement des fonds.

98. — Tel n'était pas le sentiment de M. Thaller qui écrivait dans la 1^{re} édition de son traité : En attendant les fondateurs ont le libre usage du numéraire versé. Ils le

(1) Vavasseur. Traité des sociétés civiles et commerciales 5^e Ed. p. 209, n° 372.

placeront en banque à leur nom propre. Mais cela n'est nullement forcé. Ils pourront le garder dans leur caisse ; les deniers recevront de la part des fondateurs, tel emploi qu'il jugeront utile et si par malheur, ils devaient faire faillite avant la constitution de la société, les souscripteurs n'auraient pas le droit de reprendre leurs versements à l'endroit où ils auraient été déposés. Ces versements sont confondus avec l'ensemble de l'actif des fondateurs et c'est par voie de production au marc le franc, que les souscripteurs se les feront rembourser. Il suit de là que lorsque les fondateurs exploitent déjà sous leur nom l'entreprise qui doit devenir l'objet de la société, après sa constitution, rien ne les empêche de consacrer présentement les versements aux besoins de cette entreprise. La société au moment de naître les retrouvera sous forme de valeurs engagées (1).

98. — Ce système est de nature à préjudicier aux droits des souscripteurs et à entraver le développement des sociétés anonymes. Il méconnaît l'intention des parties et la nature juridique des opérations intervenues. La jurisprudence d'ailleurs est en sens contraire, elle admet que les fonds sont indisponibles pour le compte de « la Société à créer (2) » « attendu, dit un arrêt (3) que le fait de la

(1) Thaller op. cit. 1^{re} Ed. p. 255, n° 413.

(2) Cass. 29 juin 1887, J. de S., 1888, 192 ; Trib. Seine, 19 mars 1888 J. des S., 1888, p. 331

(3) Cass. 29 juin 1887, Journ. des Sociétés, 1888, 192.

désignation, par les fondateurs d'une Société anonyme, d'une maison de banque chargée de recevoir et de garder le montant du versement du premier quart sur les actions de cette société et le fait par la maison de banque, en *qualité de dépositaire* d'avoir conservé dans sa caisse où ils sont la *propriété de la Société en fondation*, les fonds ainsi versés jusqu'à la constitution définitive de la Société n'a rien d'incompatible avec les prescriptions de la loi du 24 juillet 1867. »

99. — Aussi, pénétré des inconvénients pratiques de la solution qu'il avait adoptée, M. Thaller dans la 2^e éd. de son traité de Droit Commercial, se demande à qui appartiennent les fonds résultant des premiers versements. L'auteur fidèle au principe dont il a déduit déjà certaines conséquences, distingue selon qu'on envisage le temps antérieur à la déclaration notariée ou le temps postérieur : « Statuons d'abord pour le temps postérieur. Les fonds sont bien devenus la propriété de la Société puisque dans les relations des souscripteurs celle-ci existe sauf à ne pouvoir entrer en exploitation s'il y a vote contraire des dernières assemblées. En les employant à leurs affaires personnelles les fondateurs commettraient un détournement. Leur devoir est d'empêcher cet argent de se confondre avec leur propre avoir. Ils le déposeront à une banque au nom de la Société ; une fois déposés ces fonds sont rendus indisponibles jusqu'à la constitution définitive de la Société. — Le dépositaire, banquier ou autre ne doit s'en dessaisir qu'aux mains des premiers administrateurs

sous peine d'engager sa responsabilité. Au contraire tant que la déclaration notariée n'a pas eu lieu, les sommes provenant des versements restent aux souscripteurs si elles ont conservé leur individualité ; ou elles appartiennent aux fondateurs à charge d'en rendre compte si elles ont été confondues dans leur caisse. Au cas de dépôt chez un banquier à un compte spécial où la Société serait déjà prématurément désignée le banquier refusera à bon droit de les restituer à qui que ce soit : ni aux fondateurs qui n'en sont pas les maîtres ni aux souscripteurs dont les noms ne lui ont pas été désignés (1). »

100. — Nous repoussons cette distinction d'une façon absolue (1). D'une manière générale et dans tous les cas l'argent, confondu ou non dans leur patrimoine, avant ou après la déclaration notariée, n'appartient pas aux fondateurs. Représentant la collectivité des souscripteurs à titre de gérants d'affaire, ils n'ont aucun droit sur le numéraire versé. Ils le détiennent pour le compte des souscripteurs envisagés comme formant un groupe. Ce sont des dépositaires. C'est là d'ailleurs le sentiment qui prévaut en pratique ; les Etablissements de Crédit qui reçoivent des fonds provenant des versements les considèrent comme indisponibles pour les fondateurs aussi longtemps qu'on ne leur

(1) Thaller, p. 314, n° 575, op. cit.

(2) Comme le ferait sans doute l'auteur lui-même, à la suite des conférences qu'il a dirigées à la Faculté depuis la 2^e éd. de son traité,

rapportera pas la preuve de la constitution définitive de la Société (1).

101. — Quels sont les droits des souscripteurs lorsque les fondateurs qui recueillent les versements ou bien les établissements de crédit chargés de cette mission viennent à faire faillite ?

102. — Au cas de faillite de l'un ou des fondateurs survenue pendant la période préparatoire il faut appliquer les principes du dépôt. — L'argent des versements ne sera pas réuni à la masse de la faillite ; chacun des souscripteurs pourra reprendre intacte la somme qu'il a versée sans concourir avec les autres créanciers. — L'argent que les fondateurs auraient déposé dans une banque, ne sera pas compris parmi les biens auxquels va s'appliquer le régime de la faillite.

103. — Le banquier chargé de recouvrer les versements tombe en faillite avant la constitution définitive de la Société. Là encore les souscripteurs ne seront pas mis au même rang que les créanciers chirographaires. Ils reprennent les sommes qu'ils ont versées.

104. — Si les deniers ont été engloutis dans la ruine du banquier dépositaire, la responsabilité des fondateurs est engagée. On peut leur reprocher une faute d'administration. Les fondateurs devront aux souscripteurs le remboursement de leur argent. C'est une solution dure pour les fondateurs mais pas injuste ; ils ont tenté une entreprise

(1) Thaller, op. cit, 1re éd., p. 256, n° 413, note I.

aléatoire en voulant fonder une société. Les risques sont à leur charge.

105. — Il a été décidé par application de ces idées que peuvent être revendiquées dans la faillite d'un banquier les sommes qu'il avait été chargé d'encaisser sans pouvoir les employer pour les besoins de sa banque, ainsi qu'il arrive d'un banquier chargé par les fondateurs d'une Société d'encaisser le montant des souscriptions des actionnaires et de tenir ces sommes à la disposition soit de la Société lorsqu'elle sera formée, soit des actionnaires si la Société ne se forme pas. Les tiers ont une action directe contre le mandataire substitué. En conséquence si le banquier chargé de concentrer les souscriptions des actions d'une Société anonyme est tombé en faillite et s'il s'était substitué un de ses confrères pour l'exécution d'une partie du mandat dont il s'était chargé lui-même, le mandataire substitué se trouve vis-à-vis du mandant dans les mêmes conditions que le mandataire principal et peut rendre compte de son mandat. Spécialement le banquier mandataire substitué peut remettre directement à la Société les sommes provenant des versements opérés entre ses mains par les souscripteurs et touchés par lui postérieurement à la faillite du mandataire principal. Le syndic de la faillite de celui-ci prétendrait vainement que ces sommes appartiennent à la masse de la faillite. Car, quelles que soient les relations qui aient existé entre le mandataire substitué et le mandataire, aucun d'eux n'a jamais pu disposer des versements faits, dans un but déterminé et ils n'ont pu davantage figurer dans un compte

courant (1). Ainsi l'établissement financier ne peut pas employer à ses propres affaires les fonds qu'il reçoit et au cas de mort ou de faillite du banquier, les fonds, appartenant à la collectivité des souscripteurs, ne peuvent tomber ni dans sa succession ni dans l'actif de la faillite et peuvent être revendiquées par les ayants-droit (2).

CHAPITRE III

CARACTÈRES ET NATURE JURIDIQUE DE LA SOUSCRIPTION

SECTION I

Caractères de la souscription.

106. — De ce fait que la loi exige la souscription intégrale du capital social avant la constitution définitive de la société, l'acte de souscription doit présenter certains caractères.

(1) Cour de Rennes. 2^e Chambre, Jurisprudence commerciale et maritime de Nantes, 1882, p. 300.

(2) Contra. Genevois, note, *ibid.*

107. — La souscription doit être loyale et sincère, c'est-à-dire que la société doit comprendre des actionnaires sérieux et de surface. Les arrêts sont nombreux qui ont annulé des sociétés par actions dont les souscripteurs n'étaient que des hommes de paille, des fondateurs : simples employés qui manquaient personnellement de ressources.

108. — L'engagement du souscripteur doit être ferme et irrévocable, pur et simple. Toute restriction, toute condition à laquelle le souscripteur d'accord avec les fondateurs subordonnerait son entrée dans la compagnie est nulle et de nul effet d'abord au regard des tiers (1) cela n'est pas douteux et aussi vis-à-vis de la société.

109. — Il peut y avoir, en effet, à côté de la souscription des conventions particulières passées avec les fondateurs. Elles sont certainement valables en soi, mais elles ne produisent aucun effet contre la société. Pour celle-ci la souscription pure et simple fait la règle. En France l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1856 statuait : « Les souscripteurs d'actions sont nonobstant toute stipulation contraire, responsables du paiement du montant total. » Bien que la loi de 1867 ne reproduise pas cette disposition, la jurisprudence considère comme nulle à l'égard de la société, toute restriction, à l'engagement pur et simple du souscripteur, qu'il figure ou non dans le bulletin de souscription. Ainsi

(1) Pont Com. des soc. civ. et comm. t. 2, n° 831. Beudant De la Constitution des soc. par actions, *Revue crit.* t. 31, p. 115. Vavas-
seur, *op. cit.* n° 331. Arthuys, De la Constitution des soc. par act.
p. 30, n° 31.

une convention par laquelle les fondateurs promettaient à un souscripteur de le décharger de son engagement et de lui rembourser les versements opérés ou de lui procurer une situation dans la compagnie ne lierait aucunement le siège social, mais les exposeraient à une action en dommages et intérêts. « Le seul engagement que les souscripteurs ont pris, dit un arrêt de la Cour de Besançon, vis-à-vis de la société à savoir le bulletin de souscription était ferme, pur et simple et n'était soumis à aucune restriction, ni réserve. La société n'a eu à débattre avec eux aucune condition en tant qu'être moral indépendant de la personne de tel ou tel associé. Il n'y a pas eu de prescription conditionnelle au regard de la société, un engagement ne pouvant être conditionnel que lorsque la condition est connue de celui vis-à-vis duquel on s'oblige. Une simple restriction mentale ou même écrite ne peut être assimilée à une condition et opposée au créancier de l'obligation lorsqu'il l'a ignorée (1) ».

110. — D'après les termes de cet arrêt, il faudrait distinguer selon que la condition a été insérée ou non dans le bulletin de souscription. Au cas où la restriction n'est pas mentionnée, dans le bulletin, l'acte juridique intervenu constitue une contre lettre à l'égard de sa Société. Si le bulletin de souscription contient certaines stipulations, il semble que la clause doive pouvoir être opposée au siège social. Il n'en est rien cependant, les fondateurs ne peuvent au nom de la collectivité des souscripteurs, que conclure

(1) Arrêt de la 1^{re} chambre de Besançon du 3 août 1878. *Annales de droit comm.* 1889 p. 277.

un contrat de souscription pur et simple. C'est la volonté du législateur qui l'exige, en prescrivant la souscription intégrale du capital social. Les effets de la représentation juridique entre fondateurs et souscripteurs ne concernent que la conclusion d'une souscription exempte de toute condition. Dans cette limite, c'est-à-dire en respectant la règle légale de la souscription intégrale du capital social, le principe de la représentation trouve son application.

SECTION II

De la nature juridique de la souscription

111. — La législation positive française trace une ligne de démarcation, entre les matières que doit régir le Code de Commerce et celles auxquelles le Code civil doit s'appliquer. Les différences d'ordre théorique et pratique attachées à cette distinction sont importantes. La rapidité et la sécurité des transactions, la circulation active et développée des valeurs, le mode de liquidation des biens imposaient la création d'un droit spécial aux commerçants. Mais cette distinction entre l'acte civil et l'acte de commerce ne repose pas sur des différences de nature. Les actes des hommes

obéissent aux mêmes lois générales. Les spéculations sont plus actives, la concurrence plus développée dans un domaine que dans l'autre, mais au fond il y a similitude d'aspirations. Aussi est-il difficile de ramener à une idée unique et précise, à un critère certain les dispositions du code de commerce (1) qui énumèrent les actes auxquels le caractère commercial est attaché.

112. — Quelle est la nature du lien par lequel le souscripteur s'engage envers les fondateurs. La majorité des auteurs et la plupart des arrêts (2) reconnaissent le caractère commercial à l'acte par lequel une personne s'engage à entrer dans une Société en se soumettant à une responsabilité limitée. Ceux qui, disent des partisans de cette opinion, pour participer dans la proportion de leur intérêt aux chances d'une Société commerciale prennent l'engagement d'y verser comme souscripteurs d'actions des fonds destinés à la garantie de ses opérations, concourent à la création de la Société dans l'un de ses éléments essentiels et contractent ainsi une obligation commerciale : les souscripteurs ne sont pas de simples prêteurs dont le bénéfice opéré est toujours le même, l'intérêt de leur argent. Ils subissent des pertes, ils courent l'aléa du commerce entre-

(1) Appert. — Des actes de commerce terrestres. 1897. Thèse. Paris.

(2) Grenoble, 27 février 1857; Sir. 1858, 2, 693. Lyon 21 juillet 1858; Sir. 1848, 2, 247. Rouen, 15 juin 1859, S. 1860, 2, 248. Cass. 3 août 1856, D. 56, 1, 313. Paris, 21 mai 1884, Sir. 1885, 2, 97. Molinier, Tr. de dr. com., n° 492. Vavasseur, Tr. des Soc. civ. et com., n° 288 et Rev. des Soc., 1893, p. 55. Lyon-Caen et Renault, Tr. de Dr. Com., t. 2, nos 470 et s.

pris par la Société. D'ailleurs quand même ils ne font pas eux-mêmes le commerce, ils le font par intermédiaire.

113. — Cette solution doit être écartée. Il ne nous semble pas nécessaire d'invoquer contre elle l'autorité de la tradition. Car là où la loi positive est muette, les solutions de la doctrine ancienne et la pratique des temps passés utiles à consulter parce qu'elles reflètent les besoins et les usages d'une époque disparue, ne lient pas l'interprète. Dans un pays comme le nôtre où la loi écrite occupe une place prépondérante l'autorité de la tradition diminue notablement. Elle est devenue une puissance moins forte, sujette à discussion et pouvant succomber sous des idées *rationnelles ou sociales* aujourd'hui prépondérantes (1).

114. — Les auteurs et la jurisprudence justifient leur solution en invoquant une série de considérations vraies en fait mais dont on ne doit tirer aucune conséquence. Il est vrai, que le souscripteur est un associé. qu'il prend l'engagement de verser des fonds destinés à la garantie des opérations de la Société. Il est exact qu'il concourt à la création de la Société dans l'un de ces éléments essentiels mais où est le principe, qui permet de déclarer commerciaux les actes qui

(1) Geny. — Op. cit., p. 409. « Les traditions antérieures ne conservent pas aujourd'hui la force créatrice qu'elles avaient autrefois et si l'interprète peut et doit s'en servir pour éclairer ses recherches et diriger son jugement il ne doit ni ne peut les considérer comme des autorités qui par elles-mêmes et à elles seules justifieraient suffisamment sa décision; ces autorités restent discutables comme telles, elles ne puisent leur efficacité juridique que dans le bien *fondé* des *vues* sur lesquelles elles reposent. » Geny, op. cit., p. 409.

favorisent le commerce quand les opérations commerciales favorisées ne sont pas accomplies par l'auteur même de ces actes accessoires ? (1) L'administrateur de la Société qui agit et contracte est le représentant de tous les associés. Il agit au nom de la collectivité. Il représente dans la limite de ces pouvoirs l'ensemble des actionnaires. Seule la compagnie fait des actes de commerce.

115. — D'autres auteurs ont rapproché la souscription des actes que la loi énumère dans les articles 632 et s. du Code de Commerce pour les réputer commerciaux (1). On a essayé de construire une théorie des actes de commerce. On a indiqué deux idées : l'idée de circulation et l'idée de spéculation. La première conception ne trouve pas dans cette opération son application. On a fait intervenir l'idée de spéculation. Il est impossible de s'attacher à cette seule notion pour distinguer l'acte civil de l'acte commercial ; en tant que chacun cherche la satisfaction de ses besoins tout le monde spéculé. Il faut donc rejeter le système qui n'admet la commercialité de la Souscription qu'autant que le souscripteur à l'intention en souscrivant de revendre les actions à lui attribuées. La souscription d'actions n'est pas un achat c'est un contrat. On considère la souscription comme un contrat de vente ayant pour objet des actions, on assimile l'action à une marchandise. L'action perd son caractère primitif de rapport personnel. On en fait une valeur par

(1) Louis Duchange. — Les actes de commerce par relation. Thèse Paris 1900, p. 223.

elle-même et cette conception de l'action assimilée à une marchandise n'est possible que dès le commencement des opérations sociales, après la constitution définitive de la Société.

116. — L'acte de souscription est à notre avis un acte purement civil (1) c'est un placement d'argent d'une nature particulière, un prêt *suu generis*. Le souscripteur confie ses capitaux à une collectivité de personnes, qui les fait fructifier. C'est là, le véritable esprit de la loi, esprit emprunté à la loi ancienne et que l'on retrouve manifeste dans la loi antérieure, dans l'ordonnance de 1673, dans la loi italienne, dans les Sociétés des princes de la finance à Florence au XIV^e siècle.

117. — La nature juridique reconnue à la souscription entraîne des conséquences importantes, au point de vue de la preuve ; le fait même de la souscription peut-être établi par tous les modes de preuve reconnus par l'article 109 c. com. si l'engagement est commercial ; sinon le contrat de souscription doit être prouvé par un écrit, dressé en double original, conformément à l'art. 1328 du Code civil et plus généralement les seules preuves admissibles seront celles reconnues et réglementées par les articles 1341 et s. « Le système de la liberté des preuves à ce grave inconvénient que les souscriptions sans lesquelles la Société n'est pas

(1) Deylleneuve et les arrêts citées S. 1855. 1. 167. Pont Traité de Soc. civ. et com. n° 1421. Bordeaux 22 mars 1893 Sir. 1894. 2. 47. Thaller, op. cit. p. 212-215. Appert. Des actes de commerce terrestre p. 234 etc. Duchange, op. cit. p. 221.

formée ne se trouvent pas établies avec cette certitude que donne seule la preuve littéraire. La porte est ainsi ouverte aux difficultés et aux incertitudes inhérentes à la preuve testimoniale et aux présomptions de fait. Si ces difficultés ne s'élèvent guère, c'est qu'en fait à cet égard les intéressés sont plus prévoyants ou plus prudents que la loi elle-même; ils ne manquent guère de dresser des écrits pour constater les souscriptions. Ce sont les bulletins de souscription (1).» Dans un grand nombre de législations on rencontre cette exigence d'un écrit pour la constatation de l'acte de souscription (2). En attendant que cette réforme soit réalisée dans notre droit, la théorie qui reconnaît le caractère civil à la souscription vient remédier à l'inconvénient signalé, dans une certaine mesure: car, un écrit n'est seulement nécessaire qu'au cas où la somme promise par le souscripteur dépasse 150 francs.

118. — La théorie de la commercialité présente aussi l'inconvénient grave d'empêcher certaines personnes d'engager leurs biens dans le commerce. « Ce sont les individus auxquels la loi dénie le droit de faire des actes de commerce, les incapables qui ne peuvent, même par représentants, contracter des obligations commerciales. Mais les nécessités pratiques sont si fortes que certaines cours d'appel n'étant pas liées par un texte formel, au lieu d'exi-

(1) Lyon-Caen. *Note Sirey*. 1900. 1. 64.

(2) Art. 31. *Loi Belge* 1873. *Code com. Italien* 1882 art. 30. *Code Allemand* de 1897 art. 189.

ger chez le souscripteur la capacité de faire le commerce et de dénier en conséquence au tuteur du mineur non émancipé la faculté de souscrire des actions pour le compte du pupille, (le droit de faire le commerce ou même des actes de commerce isolés n'étant pas susceptibles de délégation art. 5 C. com.) ont décidé au contraire que le tuteur peut valablement en tant que chargé du placement des capitaux du pupille souscrire des actions dans une société commerciale pour le compte du pupille (1).

119. — On a, il est vrai, invoqué un intérêt pratique en faveur de la théorie de la commercialité « n'est-il pas d'ailleurs naturel, a-t-on dit, que les tiers auxquels on a annoncé dans l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux le montant du capital social comptent qu'ils auront à leur disposition les moyens d'action admis en matière commerciale ? » Comme nous avons rejeté le principe, les tribunaux civils seront seuls compétent pour connaître des contestations relatives aux souscriptions d'actions.

120. — En Belgique le législateur ne s'est pas expliqué ; la question est aussi discutée qu'en France (2). La jurisprudence belge est favorable au caractère commercial de l'obligation de l'actionnaire (3). Le Code Suisse n'avait pas à

(1) Paris 21 Mai 1881. D. 1885, 2. 177.

(2) Pour la commercialité, Namur, op. cit., t. 2, nos 904-905, contre la commercialité, Guillery, des soc. comm. en Belgique, nos 411 412.

(3) Bruxelles, 25 février 1872, Parierisio, 1872, 2. 124 ; Gand, 11 décembre 1874, Parierisio, 1876, 2, 39.

s'occuper du caractère civil ou commercial de l'obligation du commanditaire ou de l'actionnaire. En effet il ne distingue pas les actes de commerce des actes civils. En Allemagne on admet que l'obligation est civile (1). En Italie, « il sottoscrittore dev', essere capace di obbligarsi in affari di commercio ». Plus logique avec lui-même, l'art. 5 du Code de commerce italien décide que : « La compera è commerciale tanto se si acquista una quota od unazione di società già costituita, o se si concorre alla sua costituzione sottoscrivendole (2) ».

CHAPITRE IV

DES EFFETS DU CONTRAT DE SOUSCRIPTION

121. — La partie qui souscrit devient, par le fait même de sa souscription, actionnaire avec tous les droits et les obligations attachés à cette qualité. La nature des rapports juridiques, engendrés par la souscription, se confond avec

(1) Goldschmidt. *Lehrbuch des Handelsrechts*, 2^e éd. 1, p. 662, note 26. — Behrend. *Lehrbuch des Handelsrechts*, tome 1, p. 132.

(2) Vivante, *op. cit.*, n^o 357, t. 1, n^o 37, t. 1 — Vidari, 3^e éd., vol. 1, p. 132.

celles des rapports engendrés par l'acquisition de la qualité d'associé (1).

122. — Pendant la période de constitution, le souscripteur est soumis à certaines obligations et bénéficie de certains droits.

123. — La principale qui lui incombe consiste à opérer le versement total ou partiel de l'apport de numéraire qu'il a promis.

124. — Les droits qui lui appartiennent sont les suivants : Le souscripteur a le droit de participer aux assemblées constitutives, notamment aux réunions relatives à la vérification et à l'approbation des apports en nature. — Il a surtout le droit de céder les résultats du contrat de souscription, de transporter sa qualité d'associé sur une autre tête. Une disposition spéciale est relative au cas que nous envisageons ; l'article 2 de la loi du 24 juillet 1867 dispose que les actions ou coupons d'actions sont négociables après le versement du quart ; ce texte doit être entendu autrement qu'il n'est écrit. « Les actions sont négociables après le versement du quart, porte la loi cela veut dire, d'après les explications que le rapporteur M. Mathieu a données à la Tribune : Les actions sont négociables après la constitution de fait de la Société. La discussion au Corps Législatif constate que l'intention du législateur a été d'interdire la négociation des actions avant la constitution dé-

(1) Ostrorog. Thèse, Paris 1892, De la constitution des Sociétés anonymes en France, dans l'empire allemand et en Grande-Bretagne, p. 86.

finitive de la société » Le motif de cette disposition est le suivant : au moment où la Société est créée, il se présente un grand nombre de personnes dont l'intention est de ne pas rester associées. Elles désirent revendre immédiatement, en profitant d'une prime exagérée. Elles ne veulent rien obtenir des opérations sociales (1).

125. — Mais qu'est-ce que la négociabilité ? ce procédé réalise-t-il un but différent de celui qu'imposent les solutions de législation civile positive ? Si le législateur n'a pas donné une définition de la notion de négociabilité, le code de commerce nous indique certains modes de cession qui donnent à certaines valeurs le caractère de titres négociables. Ces modes sont : la tradition pour les titres au porteur — le transfert pour les titres nominatifs — l'endossement ; si on examine les résultats pratiques que ces modes de transmission comportent, on est amené à conclure que la pensée du législateur, le but poursuivi était de faciliter la circulation des valeurs, de la dégager des entraves que la loi civile apporte pour le transfert des droits, de donner satisfaction au crédit (2).

126. — La majorité des auteurs ne voient dans la négociabilité qu'un mode de cession plus rapide que celui qui

(1) Vavasseur, op. cit., n° 447, t. I, Lyon-Caen et Renault, op. cit., n° 729

(2) Le législateur en présence de l'intérêt du crédit refuse de considérer comme acquis des droits individuels qui lui sont contraires. Lévy, Preuve par titre du droit de propriété immobilière, Paris 1896 thèse p. 106.

est admis par le Code Civil. « Les titres ne pourront être négociés c'est-à-dire vendus à la Bourse ou ailleurs avec ou sans intermédiaire d'agents de change au moyen de procurations en blanc, par endossement ou transfert. La loi prohibe aussi les transmissions *par les moyens rapides du droit commercial*. » « Qui dit titre négociable, dit M. Thaller, dit plus que titre cessible. La négociation au sens technique est une cession *plus rapide* que la cession de créance ordinaire du droit civil. La négociation est un mode consacré dans le commerce et plus rapide (1) ».

127. — A nos yeux la négociabilité entraîne un autre résultat que la circulation rapide des valeurs. La cession d'un titre négociable doit conférer à l'acquéreur du titre des droits inattaquables et certains, quelque soit la réalité des droits du vendeur. On doit assurer dans l'intérêt du crédit public, la sécurité dans les transactions. La notion de négociabilité doit impliquer deux éléments : la circulation rapide des valeurs et la certitude des droits au profit des acquéreurs.

128. — La forme au porteur (2) remplit parfaitement le rôle que nous assignons au titre négociable. Le droit constaté par le titre se confond avec l'écrit qui en est la preuve. Il y est pour ainsi dire incorporé. Le

(1) Thaller: p. 295 n° 479

« Négociabilité veut dire transmissibilité par les voies abrégées du droit commercial: transfert endossement » Boistel Précis de Droit commercial n° 260 page 183.

(2) A. Wahl. — Traité des titres au porteur. 1891, Paris.

titre au porteur est assimilé à un objet mobilier dont l'aliénation s'opère par une simple remise matérielle ; on connaît la dérogation aux principes généraux que le Code civil consacre pour la transmission des objets mobiliers. « Dans cette transmission en effet le droit acquis par le nouveau titulaire de bonne foi sur la chose transmise est entièrement indépendant du droit qui compète au transmettant. Ce dernier n'avait peut-être pas de droit ou n'avait qu'un droit incertain ou douteux, un droit paralysé par une exception, celui-là acquiert un droit certain et inattaquable. Ce qui est transmis ce n'est pas le droit lui-même, c'est la chose qui en était l'objet (1). » La forme au porteur réalise donc le double but que nous avons assigné à la négociabilité ; le titre circule rapidement et sa transmission fait naître au profit de l'acquéreur de bonne foi un droit certain et inattaquable (2).

(1) Hubert. — *Essai d'une théorie juridique de la délégation*, p. 191, n° 238, p. 193, n° 240. Pour la discussion et l'exposition du principe la vigoureuse synthèse d'Em. Lévy. *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, thèse Paris, 1896. P. Gide, *Etude sur la novation et le transport des créances en Dr. Rom.*, p. 432-433.

(2) On dépouille l'action de son véritable caractère de rapport personnel, entre la Société et l'actionnaire. L'obligation devient une valeur patrimoniale, « Il y a deux points de vue bien distincts à considérer. Entre les parties il vaut mieux sans doute que le droit dépende le plus possible de la convention dont il émane. Mais il se pose parfois un problème non moins grave, celui du crédit. Il s'agit alors de l'effet du droit à l'égard des tiers de sa valeur au point de vue de sa transmission. Or cette valeur dépend au premier chef de la certitude d'être payé. Cette certitude augmente à mesure que le droit est plus complètement dégagé de l'opération dont il est sorti. » Hubert, *op. cit.*, p. 202, n° 252.

129. — La forme nominative rend-elle les mêmes services ? « Il est admis, dit M. Thaller que le titre nominatif est un titre négociable. Dès lors il semblerait que d'après l'analyse que nous avons faite de la négociabilité que la transmission de l'action nominative dut se réaliser avec rapidité ; et pourtant dans cette opinion il n'en est rien. La négociation d'un titre nominatif donne lieu à plus de formalités que la cession d'une créance ordinaire ; autant la ligne de partage est tranchée entre le titre nominatif et le titre au porteur, autant elle l'est peu entre le titre négociable et le titre cessible. Lorsqu'on élève entre la cession proprement dite et la négociation par voie de transfert une sorte de barrière on exagère notablement la différence qui les sépare l'une de l'autre ; il semblerait que le droit reste inerte tant qu'il demeure cessible et qu'à l'instant même où il prend la configuration d'un certificat nominatif, 'il acquiert une surprenante mobilité. Or la transition est beaucoup moins brusque. Si nous disions qu'en décomposant le transfert on y trouve tout ce que renferme la cession civile et même d'avantage nous aurions l'air de plaider un paradoxe. En droit civil la cession a lieu de deux manières différentes, soit par une notification adressée par le cédant au débiteur ou par une acceptation dans un acte authentique émanant du cédant. Or, dans le transfert ce n'est pas seulement l'une de ces formalités qui apparaît. Elles y sont toutes deux. L'agent intermédiaire de la négociation transmet à la société la déclaration de transfert du vendeur avec le titre objet de la cession. Voilà la signi-

fication. La compagnie prend acte du transfert sur ses registres et délivre un certificat d'inscription nouveau au nom de l'acheteur, c'est l'acceptation » (1). De telle sorte qu'il serait impossible de concevoir pour le titre à forme nominative (2) l'utilité pratique de la négociabilité.

130. — Cette observation est complètement exacte, si l'on considère la transmission d'un titre nominatif comme une transmission de droits personnels et si l'on assigne au registre des actions une fonction probatoire. Un titre négociable ne doit pas garantir seulement celui qui le possède contre toutes les causes de dépossession postérieures à l'acquisition, il doit encore le protéger contre celles qui pourraient surgir de faits antérieurs, tels que le défaut de qualité ou de capacité chez l'un des précédents aliénateurs.

131. — La Jurisprudence française fait produire au transfert d'un titre nominatif d'action de société (3) des conséquences, des effets incompatibles, avec l'idée de cession d'un rapport ou avec la conception du registre envisagé comme un livre de commerce ; elle n'a pas admis formellement que si, à la suite des manœuvres d'un faussaire,

(1) Thaller. — *Journal des Sociétés* 1882, p. 378 et s. Cet auteur n'a point persévéré dans les opinions défendues à cet endroit de la monographie que nous reproduisons. La distinction qu'il établit dans son traité entre la négociation et la cession en fait foi.

(2) Lévy-Ulmann. — *Essai sur les titres nominatifs*. Annales de Dr. Com. 1897, p. 50 et s. Minard. *Du titre nominatif*, thèse Paris.

(3) Arthuys. — *Examen Doctrinal de Jurisprudence commerciale*. Rev. Critique de Lég. et de Jurisp. p. 196.

la compagnie a passé inscription au nom d'un nouvel acquéreur le véritable propriétaire est dépossédé, ni que l'incapable qui a aliéné son droit ne peut pour cause d'incapacité faire anéantir par justice l'aliénation : mais elle a consacré des solutions qui impliquent nécessairement les conséquences que je viens de signaler (1).

132. — Aussi faut-il pour satisfaire l'intérêt général rejeter le système qui assigne au registre des actions une fonction de publicité (2) ou ceux qui tendent à faire entrer et comprendre le dit registre dans la « famille des livres de commerce. » Ces derniers systèmes considèrent l'inscription sur le registre du nom du nouvel acquéreur comme la preuve de l'acceptation d'un nouveau créancier par le siège social ; on a prétendu que dans les rapports de l'établissement et du cessionnaire il y avait lieu de faire abstraction de la transmission ; quoique le transfert soit fait à la suite d'une cession, en réalité il contient simplement un engagement personnel de la part de l'établissement vis-à-vis du nouveau titulaire (3). Ou bien on considère (4) cette acceptation comme le terme d'une institution juridique que

(1) Cass. 4 août 1879. Sirey, 1881, I. 999, 21 février 1876. Sirey, 1898, 2, 289.

(2) Note sous cass. Req. 17 décembre 1873, Sir. 1874, I. 409.

(3) Wahl. — Note Sirey, 1898, 2, 239.

(4) Dans ses conférences (1900-1901) faites à la Faculté de droit de Paris, M. Thaller a appliqué au transfert des titres nominatifs, la théorie de la Délégation-Cession. Par leur compénétration mutuelle la cession de créance et la Délégation entraînent des conséquences et des effets importants en ce qui concerne le transfert des droits et des valeurs. V. Hubert, op. cit. Conclusion.

le Code civil a consacrée dans les deux articles 1275 et 1276, la Délégation (1). La délégation emporte cession de créance en même temps qu'elle donne au cessionnaire, c'est-à-dire au délégataire, un droit direct et nouveau. Le trait caractéristique et fondamental de la délégation est de faire naître à la charge du délégué une obligation nouvelle; cette opération est forcément exclusive de l'idée d'une véritable succession à la créance, c'est-à-dire d'une substitution de créancier ; avec la délégation il y aura toujours et nécessairement une modification objective au rapport quelque légère qu'on la suppose. Le délégataire trouve dans l'opération le fondement d'une action personnelle et directe contre le délégué. C'est en contractant envers le délégataire un engagement direct et nouveau que le délégué lui procure la valeur qu'il doit lui remettre (2).

133. — On a beau faire, ces deux systèmes ne peuvent pas consacrer la dépossession du propriétaire et de l'incapable qui a aliéné. La Société ne peut pas porter atteinte

(1) La délégation n'a pas en réalité un domaine qui lui soit propre cela tient à ce que les effets qu'elle produit ne lui sont pas exclusifs. Tel d'entre eux peut être atteint par une autre opération juridique, c'est ce qui explique qu'il est parfois délicat de la distinguer d'autres institutions. Hubert, op. cit. n° 236, page 189, n° 131 à 149.

(2) Sur tous ces points, v. Hubert, op. cit. notamment n° 107, p. 78, p. 193, n° 242 et 243. Au fond, ces deux systèmes, partant de points de vue différents aboutissent au même résultat, en ce sens que le transfert de valeur s'opère par l'extinction d'un premier rapport et la formation d'un nouveau lien de droit. D'une façon générale, l'acceptation d'un nouveau créancier à la place de l'ancien, l'intervention active du débiteur emporte de sa part renonciation aux droits qu'il aurait pu invoquer contre le créancier primitif.

d'une façon absolue à la propriété d'autrui : or deux actions ne peuvent pas représenter la même fraction du capital social (1). Il faut choisir : L'engagement nouveau ne doit pas persister en même temps que l'ancien. L'acceptation de la délégation n'a pu éteindre, faire disparaître le rapport de droit qui reliait le titulaire primitif de l'action au siège social. Les principes du code civil conduisent nécessairement à cette solution (1). D'autre part, la délégation consentie par un incapable qui a aliéné peut être annulée. Dans la délégation les conditions de capacité présentent une liaison intime avec les effets qu'elle produit. Il faut rechercher quelle est l'opération juridique que recouvre et réalise la délégation. Dans notre cas, la délégation aboutit à l'aliénation d'un droit, la capacité d'aliéner sera donc nécessaire (2).

134. — Il faut, à notre avis, assigner aux mentions inscrites sur les registres des actions une fonction créatrice de droit. — La théorie de l'acte abstrait doit trouver ici son application. Cette doctrine inconnue dans notre ancien droit, peut invoquer la loi écrite et le Code de Commerce dans son art. 36 Le droit de l'acquéreur est rendu complètement indépendant du concours de volontés qui lui a donné naissance. Le titre de l'actionnaire, c'est l'écrit, la mention sur les registres, l'immatricule. C'est le système de la foi publique. La transmission s'opère sous le contrôle et la garantie du siège social. Celui-ci peut par des clauses

(1) Vivante. — Op. cit. p. 358.

(2) Hubert. — Op. cit., n° 162, p. 122.

d'irresponsabilité transporter sur les agents de change la responsabilité qu'il encourt vis-à-vis des titulaires déposés. On considère l'action comme une valeur par elle-même, dégagée des rapports personnels qu'elle implique. Il n'y a pas extinction d'un rapport et formation d'un rapport nouveau (1), c'est une valeur objective, incorporelle, fondée sur un écrit, qui passe d'un patrimoine dans un autre. L'inscription est la source du droit, Cette conception est de nature à donner au titre nominatif le caractère de titre négociable qu'il doit avoir et que la jurisprudence lui reconnaît.

135. — Mais si le souscripteur ne peut pas négocier les droits qui lui sont acquis du fait même de la souscription, peut-il les céder ? La loi a prohibé les transmissions par les procédés du droit commercial. Là s'arrêtent les effets de l'art. 2. Rien n'empêche de céder les résultats d'une souscription par un transfert régulier. La transmission par les moyens du droit civil n'est pas défendue. Celle-ci n'offre aucun des inconvénients que la loi a voulu prévenir, car elle nécessite des formalités dont la spéculation peut difficilement s'accommoder. Il a été reconnu qu'une cession régulière par acte notarié ou sous seing privé, que tous les autres modes autorisés par le droit civil peuvent être mis en usage pour la transmission des titres non négociables. « Attendu que d'ailleurs cette cession n'ayant

(1) E. Lévy. — Preuve par titre de droit de propriété immobilière, n° 57. p. 107. — Responsabilité et contrat. *Revue critique de lég. et de juris.* p. 385, note I.

pas eu lieu par voie commerciale ne saurait constituer une négociation prohibée aux termes de l'art. 2 de la loi du 24 juillet 1867, qu'elle n'a été qu'une cession purement civile en dehors de la prohibition dont il s'agit (1). »

136. — Pendant la période préparatoire (2) le souscripteur dispose d'un droit de créance contre le siège social ; de même, la Société est créancière, à terme certain ou incertain selon les circonstances. La qualité de souscripteur englobe donc une créance appartenant au souscripteur et une dette contractée envers le siège social. Cette qualité peut être transportée d'une tête sur une autre. Comment ce transport va-t-il s'opérer ? Logiquement, il faut appliquer les règles de la cession de créances et de la cession de dettes : cession de créance entraînant passage du droit actif du souscripteur dans le patrimoine du cessionnaire. Cette cession est parfaite entre les parties par le seul consentement et vis-à-vis des tiers, notamment à l'égard de la Société au moyen des formalités des art. 1690 et s. Il faut de plus faire jouer les règles de la cession de dettes (3). Il y aurait là une succession à titre particulier de

(1) Paris 13 nov. 1888. Gaz. Pal. 89. 1. 425; Rev. des Soc. 1889 p. 74. Lyon, 2 mars 1883. R. des S. 1883 p. 357. Gaz. Pal. 90. 2. 360.

(2) Le plus souvent les actions ne sont pas intégralement libérées pendant la période constitutive. Il est certain que si l'action de minime valeur a été libérée, les règles de l'art. 1690 et s. trouveront seules leur application.

(3) « Une action non libérée n'est pas seulement un droit, une créance contre la Société, c'est aussi une dette envers elle pour le versement qui reste à faire ; or si l'on peut facilement céder une

la dette conçue dans les mêmes termes que la succession à titre particulier de la créance, c'est-à-dire une substitution de débiteur. « La cession de la dette s'opère dès l'accord conclu entre les deux débiteurs et avant toute intervention du créancier sous réserve pourtant d'une simple adhésion de sa part (1) ». Pour nous, cette adhésion est une véritable acceptation, « car s'il est indifférent à un débiteur de changer de créancier il ne l'est pas du tout à un créancier de changer de débiteur parce que le nouveau débiteur peut être insolvable ou moins solvable que l'ancien (2) ». De telle sorte que la cession de la qualité de souscripteur exige pour sa validité le concours de volontés de trois personnes : le représentant du siège social, le cédant-souscripteur, et le cessionnaire doivent intervenir.

137. — En réalité, cette cession implique qu'un associé se retire et qu'un nouveau membre le remplace ; la Société voit ses membres se renouveler. Cela ne présente aucun inconvénient, puisque dans cette catégorie de Sociétés *l'intuitus personæ* est laissé de côté. Les capitaux seuls sont pris en considération. Le concours de la Société est donc nécessaire. Celle-ci peut refuser d'accepter un membre parce qu'il ne présente pas les garanties de solvabilité voulues.

créance on ne peut se substituer un débiteur sans le consentement du créancier. » Boistel, Précis de Droit commercial, 1878.

(1) Gaudemet. — Etude sur le transport de dettes à titre particulier. Paris 1898 1 vol. p. 7.

(2) Hubert. — Essai d'une théorie juridique de la délégation. Paris 1899 p. 196 note 245-3°.

138. — Il est admis généralement que la négociation commerciale de promesses d'actions avant la constitution définitive de la Société est frappée d'une nullité d'ordre public et ne peut produire aucun effet (1). Les conséquences seront que le vendeur peut refuser la livraison des titres et l'acheteur de payer le prix de la négociation (1).

(1) Paris, 2 août 1833. Journ. des Soc. 1883, 226, 18 août 1884 Journ. des Soc. 1885, 652, Thaller. Rev. crit. 1883, 321, Houpin, op. cit. t. I, p. 268, n° 321. Vavasseur, op. cit., t. I, n° 477.

Contra. Lyon-Caen et Renault, n° 731.

TITRE II

De la Souscription d'actions correspondant à un apport en nature

139. — Le capital d'une Société anonyme ne se compose pas seulement de numéraire. Le fonds social peut comprendre toute autre valeur : des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, tels qu'un fonds de terre ou de commerce, un brevet d'invention, l'exploitation d'une usine même une promesse de vente. Il faut des biens susceptibles d'être estimés, évalués à un certain prix.

140. — Le travail, l'activité, l'industrie d'une personne peuvent-ils être considérés, comme des apports en nature et entrer dans la composition du capital social ? A première vue on serait tenté de répondre affirmativement ; le travail représente un capital, une valeur que l'on peut estimer ; mais dans la pensée du législateur l'apport doit avoir dès le début une valeur fixe, déterminée, définitive. Le capital social doit comprendre des biens existants et effectifs. Tant qu'il est question de brevets, de procédés, de secrets

professionnels, il y a des éléments d'appréciation (1). Car ce sont des biens existants, effectifs quoique incorporels. Mais où trouver des éléments d'appréciation lorsqu'il s'agit de l'industrie du travail d'une personne. On peut déterminer ce qu'il vaut pour le moment. On ne peut dire ce qu'il vaudra plus tard, ni surtout, combien de temps l'activité du travailleur durera réellement. Mille circonstances rendent la réalisation de cet apport incertain et une valeur aussi aléatoire ne peut figurer dans le chiffre du capital social (2) ».

141. — Les apports en nature sont soumis à un régime spécial ; en fait, les apports sont faits, le plus souvent, par les fondateurs. Mais ils peuvent l'être par des personnes qui n'ont pas cette qualité. Les biens qui font l'objet d'apports sont évalués par les fondateurs, dans les statuts, et des actions représentant la valeur des biens apportés, sont attribuées aux apporteurs. La logique voudrait que l'article statutaire relatif aux apports, eut de plein droit la même force obligatoire que tous les autres articles des statuts. Nous avons vu que les statuts sont ratifiés par les personnes qui souscrivent. La loi exige un vote spécial,

(1) « L'existence d'actions représentatives d'apports constitue une anomalie. Il est difficile de concevoir un capital-actions fixe inscrit et publié tel que l'exige la loi alors qu'une partie de ce capital consiste en apports dont l'évaluation est presque toujours arbitraire. L'existence d'actions représentative d'apports ne cadre pas du tout avec la nature de la Société anonyme, Société de capital et de capital fixe. » De Muralet, p. 131.

(2) De Muralet. — N° 83, p. 140.

pour approuver la valeur reconnue aux apports par les fondateurs.

142. — La loi organise une procédure spéciale pour l'évaluation et l'approbation des apports. L'article 4, al. 1 de la loi du 24 juillet 1867, exige qu'une première assemblée de souscripteurs fasse apprécier les apports et les avantages particuliers. Elle ne vérifie pas elle-même, mais des contrôleurs doivent être nommés pour faire un rapport. Celui-ci doit être imprimé et tenu à la disposition des souscripteurs, cinq jours avant la deuxième assemblée. Dans cette deuxième réunion, les souscripteurs, à des conditions de majorité précisées par la loi, approuvent ou rejettent l'évaluation qui a été attribuée aux apports dans les statuts. A défaut d'approbation, la Société reste sans effet à l'égard de toutes les parties.

143. — Il est important de déterminer quels sont les rapports de droit qui interviennent à propos du contrat d'apport. A quel titre les fondateurs agissent-ils ? A quel moment se fait le transfert de propriété de l'apport ? Quelles sont les conséquences de l'incapacité survenue dans la personne de l'apporteur ?

144. — Et d'abord, quelle est la nature juridique de l'engagement de l'apporteur. « Dans l'apport, dit-on, fait à une Société en voie de formation, il n'y a pas comme dans la promesse de vente, un engagement de transmettre la propriété de biens meubles ou immeubles, pris par le propriétaire, envers une ou plusieurs personnes qui acceptent cet engagement et sont fondées à en demander l'exé-

cution. L'apport doit être fait à une Société non encore constituée, et qui doit être représentée par des associés qui n'existent pas tous. C'est, comme nous l'avons dit, un simple projet qui n'entraîne pas pour ses auteurs l'obligation de le réaliser et qui ne crée pas de lien entre les fondateurs et les souscripteurs partiels » (1). « Si l'on promet à une personne de vendre tel ou tel bien meuble ou immeuble à une autre personne, il n'y a plus là une promesse de vente rentrant dans les termes de l'art. 1589 du Code civil. C'est une stipulation pour autrui, valable parce qu'elle est faite dans l'intérêt de celui qui stipule. Vis-à-vis de ce stipulant, elle se résoudra en dommages et intérêts mesurés à la perte qu'il subira, si le contrat est inexécuté. Le fondateur stipule de l'apporteur qu'il transférera la propriété de la chose à la Société personne tierce qui n'existe pas encore » (2).

145. — A notre avis, l'apporteur transfère conditionnellement, la propriété du bien qu'il apporte ; il y a là un transfert de propriété soumis à cette condition que la société sera définitivement constituée. Les Fondateurs à titre de gérants d'affaires de la collectivité de souscripteurs futurs, acceptent la translation de propriété ; La ratification de cette opération juridique intervient lors de la deuxième assemblée de vérification et d'approbation des apports en nature. Après cette ratification de l'ensemble des souscripteurs la

(1) Houpin. *Journal des Sociétés*, 1895, 495.

(2) Goiffon. *Op. cit.*, p. 58.

propriété de l'apport est entrée définitivement dans le patrimoine de la Société.

146. — Les conséquences pratiques qui résultent de cette conception sont importantes. L'apporteur doit être capable de transférer la propriété du bien qu'il apporte lors de la convention intervenue avec les fondateurs c'est-à-dire lors de la confection et de la signature des Statuts. Ce n'est pas la solution admise par certains auteurs : « De ce que l'apport ne devient définitif et ne se transmet que par l'accomplissement de toutes les formalités prescrites, par la loi du 24 Juillet 1867, s'ensuit-il qu'il faille considérer la capacité de l'apporteur jusqu'au jour où la Société se trouve définitivement constituée, de telle sorte que le décès de l'apporteur laissant des héritiers mineurs, entre les deux assemblées constitutives, rendrait nécessaires les autorisations au tuteur ? Nous ne le pensons pas. La capacité de l'apporteur doit subsister jusqu'au jour où s'établit un lien de droit entre l'apporteur et les associés entraînant l'obligation pour l'apporteur de transmettre à la Société la propriété de l'objet apporté et ne lui permettant plus de se rétracter. Or, nous considérons que ce lien de droit s'établit lorsque le capital social se trouve entièrement souscrit (1). »

147. — L'obligation pour l'apporteur de maintenir son apport prend naissance au moment où le contrat d'apport

(1) Houpin. — *Journal des Sociétés* 1895 p. 486. Goiffon op. cit. p. 60. Thaller op. cit. p. 312.

est conclu, c'est-à-dire au moment de la confection et de la signature des statuts. Si l'apporteur meurt, ses héritiers seront tenus des mêmes obligations que leur auteur. Les fondateurs sont souvent eux-mêmes apporteurs. Ils pourront facilement se délier de l'obligation qu'ils ont assumée, en n'accomplissant pas les formalités prescrites par la loi pour la constitution définitive de la Société. — Ils empêcheront la condition, qui affecte le transfert de propriété de l'apport, de se réaliser. Mais les souscripteurs, même les souscripteurs partiels du capital social, pourront demander la condamnation des fondateurs à des dommages-intérêts si la non constitution de la Société provient de leur fait et leur cause un préjudice.

148. — Avec le système qui considère les fondateurs comme des gérants d'affaires, une difficulté peut se présenter. Les fondateurs le plus souvent, font un apport. Peut-on concilier les deux qualités de fondateurs représentant la collectivité des souscripteurs, et d'apporteur d'autre part ? Est-il possible qu'une seule et même personne, le fondateur, puisse contracter avec elle-même. « On se pose la question de savoir, non pas si un propriétaire peut contracter avec lui-même — ce qui est impossible — mais si un représentant d'une autre personne peut contracter avec lui-même, sa personnalité se décomposant au moment de la conclusion du contrat, pour jouer à la fois le rôle de représentant et le rôle de tiers (1). » Pendant longtemps la Doctrine allemande a posé comme règle l'impossibilité pour les représentants de contracter avec

eux-mêmes ; c'est seulement en 1874 (2) que ce système est battu en brèche pour la première fois. Nous croyons au contraire à la possibilité juridique des contrats faits par les représentants avec eux-mêmes. En allant au fond des choses on voit que le contrat établit surtout non pas seulement un lien entre deux personnes, mais encore et surtout un lien entre deux patrimoines. Il suffit pour que le contrat soit formé que les patrimoines soient liés et si l'on suppose qu'une personne a la disponibilité de deux patrimoines, qui empêche que par sa seule déclaration de volonté elle ne forme un lien entre ces patrimoines (3).

149. — On n'a à redouter qu'un conflit d'intérêts. Le fondateur est fatalement amené à attribuer à son apport une valeur exagérée ; le système de la loi française a voulu remédier à cet inconvénient en obligeant les souscripteurs réunis en assemblées à approuver l'évaluation des apports en nature.

(1) Pilon, *op. cit.* page 155 et s.

(2) Pilon, *op. cit.*, p. 164, n° 121.

(3) Pilon, *op. cit.* p. 171, n° 125.

DEUXIÈME PARTIE

Protection des Souscripteurs

150. — La constitution des Sociétés anonymes a donné souvent lieu à des abus (1). Les capitaux de l'épargne à diverses reprises ont été engloutis dans des désastres provoqués par les manœuvres frauduleuses des fondateurs, créés par l'habileté consommée des faiseurs d'affaires — « Quels que soient, dit Ihering, les avantages sociaux qu'aient introduits les Sociétés anonymes, les malédictions qu'elles ont soulevées dépassent leurs bienfaits. Les désastres qu'elles ont causés dans la fortune privée sont plus graves que si le feu et l'eau, la disette, les tremblements de terre, la guerre et l'occupation ennemie, s'étaient conjuré pour ruiner la richesse nationale. Le résultat est écrasant et rien ne peut dissimuler l'abîme. Il nous montre le tableau d'un champ de bataille ou d'un cimetière où maraudeurs et fossoyeurs sont à l'aise : ils ont gagné (2). »

151. — L'expérience, dans des circonstances nombreuses

(1) Vivante. — Op. cit., n° 350. — Percerou : Des fondateurs de Sociétés anonymes. Conclusion.

(2) V. Ihering. — Evolution du droit (Zweck im recht). Traduc. de Meulenaere, Paris, 1901, p. 152, n° 152.

et présentes à tous les esprits a montré la nécessité pour le législateur de prêter secours et d'accorder sa protection aux souscripteurs. Il y a une inégalité de situations : d'une part, les lanceurs d'affaires peuvent par les moyens puissants dont dispose la réclame à l'heure actuelle favoriser l'erreur et surprendre les engagements ; de l'autre le souscripteur attiré, alléché par le mirage des bénéfices promis, en vue d'une spéculation fructueuse, se laisse facilement entraîner. Le fondateur poursuit un tout autre but que l'actionnaire. Celui-ci aspire à placer son argent dans une entreprise sérieuse et à en retirer un profit légitime. Le fondateur au contraire vise avant tout à faire naître une Société : bonne ou mauvaise, viable ou non, pourvu que la fondation réussisse et qu'il retire les bénéfices en vue desquels il travaille.

152. — De là, vient que dans presque tous les pays la constitution d'une Société par actions est soumise à certaines règles protectrices des intérêts des souscripteurs. Les systèmes de protection diffèrent entre eux. Mais le but à atteindre est partout le même. On veut réaliser efficacement la répression de la fraude. Celle-ci glisse, se cache, se dissimule, est difficile à atteindre.

153. — Après avoir rapidement recherché comment la protection des souscripteurs a été conçue dans l'histoire, constaté les lacunes et les imperfections de la loi française, nous essaierons, à l'aide des exemples que nous offrent les législations étrangères, d'indiquer sommairement les réformes qu'il faut consacrer dans notre Droit,

TITRE I

Historique

154. — Dans notre ancien Droit, les notions de crédit; de ses procédés, de ses instruments étaient peu connues et peu répandues. Depuis le commencement du xvi^e siècle, les compagnies étaient établies par des actes émanés du Souverain. Le roi seul, par des édits individuels, autorisait la création de ces Sociétés dans lesquelles les associés n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leurs apports; on a pu dire avec raison qu'une loi spéciale était nécessaire pour donner la vie à chacune d'elles. Mais d'où était venue cette nécessité? De ce que la plupart étaient investies d'un privilège dans telle ou telle branche de commerce depuis la Compagnie de Saint-Christophe autorisée par Louis XIII jusqu'à la Banque de Law, constituée en société par actions et qui reposait sur le privilège de la Compagnie des Indes orientales, qu'elle avait acquis et la régie des fermes générales du royaume dont elle était chargée. « C'est ainsi que l'idée d'autorisation est devenue en quelque sorte inséparable de celle de Société anonyme, sans qu'on ait dis-

tingué la forme du privilège, qui motivait l'intervention du Souverain (1) ». Ce système était, dans une certaine mesure, de nature à empêcher les abus de se commettre (2).

155. — La Révolution française parut d'abord favorable à la liberté d'association. — Une loi du 2 mars 1791 admet la formation des Sociétés par actions sans aucun contrôle de l'Etat. Cet essai fut suivi de tels abus que la Convention, dans un décret du 24 août 1793, défendit la création des Compagnies par actions sans une autorisation législative. — « Les associations dont le fonds capital repose sur des actions au porteur ou sur des effets négociables ou sur des inscriptions sur un livre, transmissibles à volonté sont supprimées » ; un autre décret, des 26 et 29 germinal an II, alla beaucoup plus loin et prononça leur abolition. Comme des mesures aussi rigoureuses ne pouvaient qu'être funestes au développement de l'industrie, elles furent supprimées et un décret du 30 Brumaire, an IV, abrogea celui du 26 germinal.

156. — Le Code de commerce maintint l'autorisation du gouvernement. Un orateur se demandait justement s'il ne convenait pas de limiter l'autorisation aux sociétés anonymes qui avaient quelques rapports avec l'ordre public et avec l'Etat et de ne pas l'étendre à celles qui étaient d'inté-

(1) Pourtant quelques Sociétés par actions furent créées sans intervention du pouvoir royal : En 1750 fut créée la Société par actions appelée la Chambre d'assurances de Paris.

(2) Rapport sur le projet de loi sur les Sociétés, par M. Mathieu, *Moniteur universel* du 6 juin 1867, 6^e col., p. 695.

rêt particulier (1). Il lui fut répondu que l'ordre public est intéressé dans toute société qui se forme par actions parce que trop souvent ces entreprises ne sont qu'un piège tendu à la crédulité des citoyens (2). « Sans une surveillance très exacte, ce mode de former une compagnie peut donner lieu à beaucoup de fraudes. Il faut donc que l'autorité publique examine la valeur des effets que ces sociétés, mettent sur la place et n'en permettent le cours que lorsqu'elle s'est bien convaincue qu'ils ne cachent pas de surprises et qu'ils n'exposent ceux qui les prennent qu'aux chances ordinaires du commerce (3).

157. — Après la promulgation du code de commerce le besoin se fit sentir d'une réforme de la loi des sociétés anonymes. Une première brèche au principe de l'autorisation fut faite en 1863, et en 1867 la liberté pour la constitution des compagnies par action fut proclamée. Le législateur cependant n'abandonnait pas le souscripteur à ses propres forces. Il le protégeait ; mais la protection établie par la loi de 1867 est insuffisante et mal organisée. Insuffisante : parce qu'elle facilite les manœuvres frauduleuses au détriment des souscripteurs, parce qu'elle laisse aux fondateurs la plus grande liberté. Les statuts peuvent être faits par acte authentique ou sous-seing privé. C'est là une chance de fraude. Les clauses du pacte social restent inconnues des souscripteurs. Les intéressés ne débattent pas, ne dis-

(1) M. Treilhard — Procès-verbal, 15 janvier 1807, n° VI, *ibid.*

(2) Le prince archichancelier. Procès-verbal n° VII, *ibid.*

(3) Regnaud de St-Jean-d'Angely, *ibid.*, n° V.

cûtent pas les statuts. Les fondateurs peuvent les modifier à leur guise et à leur avantage. Les personnes s'engagent sans connaître les détails de l'entreprise à laquelle ils apportent leur argent. Il y a là un danger et un danger sérieux. On n'a pas soumis le contrat de souscription à un formalisme nécessaire. Les incertitudes relatives à la preuve deviennent préjudiciables. Enfin la protection a été mal conçue et mal organisée. L'évaluation des apports en nature était un des moyens, et (l'est encore) des plus pratiques et des plus faciles pour tromper et duper la masse des souscripteurs. Le législateur de 1867 a voulu porter remède aux abus. Aux divers moyens proposés en 1867 il s'est arrêté à la vérification et à l'approbation des apports en nature par les souscripteurs eux-mêmes réunis dans une assemblée.

158.— Toutes ces imperfections se firent vivement sentir peu de temps après la confection de la loi de 1867. A la suite de la crise financière de 1882, les lacunes et les imperfections de la loi de 1867 déterminèrent le législateur à procéder à une réforme d'ensemble de la législation sur les sociétés. Cette réforme n'a pas abouti : la Chambre des députés, n'ayant pas cru devoir discuter le projet de loi voté par le Sénat en 1884. Toutefois pour donner satisfaction aux réclamations incessantes des commerçants et des jurisconsultes, quelques dispositions extraites du projet de loi voté par le Sénat, furent législativement consacrées. en 1893.

TITRE II

Législation

159 — Cependant les lacunes signalées n'ont pas été comblées, les imperfections persistent encore dans nos lois, une réforme est nécessaire en cette matière : Il serait désirable que le législateur consacraît un système qui, sans entraver le développement des sociétés anonymes serait de nature à défendre l'épargne contre les agissements de fondateurs sans scrupules (1).

160. — Le législateur de l'avenir devra obliger les fondateurs d'entreprises montées par actions à publier, sous leur responsabilité, tous les renseignements nécessaires de nature à éclairer les souscripteurs. Il faut projeter une lumière éclatante sur tous les faits qui précèdent la constitution d'une société anonyme. « Dès que la loi organise un système de publicité la liberté des conventions en matière de sociétés suffit à tous les intérêts, et n'en com-

(1) Percerou. Des fondateurs de sociétés anonymes thèse, conclusion.

promet aucun. Liberté et publicité, pour correctif voilà la seule solution pratique et définitive du problème incessamment agité de l'organisation des sociétés ; aujourd'hui l'expérience est complète, tant qu'on n'arrivera pas à cette réforme radicale la législation ira se modifiant toujours et ne se fixant jamais. »

161. — Il faut revenir à l'ancienne prescription qui exigeait que les statuts fussent constatés par un acte authentique. On sait que cette exigence a été supprimée par la loi de 1867 (1).

162. — Les souscripteurs doivent pouvoir connaître les statuts avant de s'engager, et cela au moyen d'une publicité (2), bien entendue du projet de statuts. Il est nécessaire que les souscripteurs puissent trouver des renseignements avant de souscrire, qu'ils puissent examiner le dossier de l'affaire projetée au lieu d'en connaître le contenu par des circulaires et des prospectus tronqués. Les souscripteurs pourront ainsi lire l'acte social dans son entier, au recueil officiel qui centralisera désormais les renseignements relatifs aux sociétés qui se formeront. On enlèvera par la même aux fondateurs le moyen d'altérer les statuts et de faire un nouvel acte d'association. La loi Belge de 1873 dans son art. 31, a eu la sagesse de prescrire la publication du projet de statut avant la souscription.

(1) La plupart des lois étangères exigent la forme authentique qui présente plus de garanties, art. 209, al. I code allemand, art. 30 31 loi Belge de 1873, art. 87, code Italien, art. 38 code Hollandais, etc.

(2) Congrès international des sociétés par action 19^e résolution : « Le projet de statuts sera publié avant la souscription. »

163. — Il est aussi nécessaire de créer le bulletin de souscription (1) pour parer aux incertitudes de la preuve et mettre fin aux nombreux procès qui surgissent souvent à cette occasion. Mais comme le remarque M. Lyon-Caen « les intéressés sont plus prévoyants que la loi elle-même ; ils ne manquent guère de dresser un écrit pour constater le fait de la souscription (2).

164. — Il nous reste à rechercher si la loi française en ce qui concerne les apports en nature ne mérite pas quelques critiques : deux moyens ont été successivement mis en œuvre pour protéger les souscripteurs contre les fraudes si fréquentes des fondateurs qui exagèrent excessivement la valeur réelle des apports qu'ils font. D'après la loi du 24 juillet 1867 les apports en nature doivent être l'objet d'une vérification faite par un commissaire choisi par une première assemblée de souscripteurs. Une seconde assemblée, après un rapport dressé par le commissaire approuve ou rejette l'évaluation attribuée aux apports en nature.

165. — Cette vérification est illusoire. Les fondateurs, en effet d'accord avec les apporteurs choisissent au préalable le commissaire vérificateur et le choisissent parmi ceux dont l'opinion doit être favorable à l'évaluation faite dans les statuts. Ce commissaire dont la plupart du temps le travail est préparé à l'avance rédige un rapport qui est soumis pendant cinq jours seulement à des actionnaires qui

(1) La plupart des législations étrangères imposent le bulletin de souscription.

(2) Lyon-Caen. — Note. Sirey 1900. 1. 65.

n'ont à leur disposition aucun moyen de vérification, ni de contrôle et qui à l'heure de la constitution n'ont qu'un souci : celui de constituer la Société et d'approuver les apports.

166. — Le législateur de 1893 s'est proposé lui aussi de garantir le public contre les fraudes auxquelles donne lieu trop souvent l'évaluation exagérée des apports en nature ; il arrivait souvent que les fondateurs majoraient l'évaluation de leurs apports ; puis après avoir par des renseignements inexacts ou tronqués donné le change à l'assemblée constitutive sur la valeur réelle des dits apports et fait approuver par elle leur évaluation, ils s'empressaient de négocier leurs actions d'apport dans les hauts cours à des tiers trop confiants qui se trouvaient quelque temps après en possession de titres dépréciés et en présence d'une société dont le capital réel était très inférieur au capital nominal, dont le crédit était par ce fait même très ébranlé, et la ruine presque certaine. Le législateur de 1893 a pensé que le meilleur moyen de prévenir de telles fraudes était d'interdire non pas toute cession des actions d'apport mais la négociation des dites actions pendant deux ans. Rivés à la Société pendant un délai relativement long les fondateurs hésiteront à employer des manœuvres dont ils seraient les premières victimes, puisque les majorations frauduleuses apparaîtront au grand jour et que les responsabilités seront facilement établies. Les actions d'apport ne peuvent être donc détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la Société. Les fon-

dateurs sont enchaînés à leur œuvre pendant un certain temps. On ne saurait donner trop de garanties à l'épargne. « L'utilité publique demanderait que les Sociétés par actions fussent constituées par des hommes qui en fissent leur affaire, identifassent leur intérêt avec celui de la Société de telle sorte que sa ruine serait leur ruine et sa prospérité leur prospérité (1). »

167. — Bien que le but que le législateur a voulu atteindre soit conforme aux intérêts bien entendus de la collectivité, il ne faut pas se dissimuler que cette disposition légale, que cette espèce d'inaliénabilité temporaire des actions d'apport a porté « les fruits les plus funestes ». Il est une des causes pour lesquelles les fondateurs de Sociétés ont renoncé à la loi française pour se rendre en Angleterre ou en Belgique (2). Cette modification en outre a entraîné le développement considérable des parts de fondateur (3). Les Sociétés qui se constituent actuellement pour échapper au principe de l'innégociabilité des actions d'apport créent des parts de fondateurs. Ces parts ne sont pas autre chose que des actions déguisées, et la loi n'ayant pas réglementé les parts de fondateurs (4), les fondateurs en ont fait un titre

(1) Percerou. — Des fondateurs de Sociétés anonymes, p. 229.

(2) Rapport au ministre du commerce par M. R. Rousseau. Dans compte-rendu sténographique du Congrès International des Sociétés par actions, page 436.

(3) Lyon-Caen et Renault, op. cit., t. 2, p. 605, n° 732; Rousseau, op. cit., p. 436.

(4) Percerou. Des fondateurs de Société, Dijon, 1896; Des Parts de fondateur, Lecouturier, Rev. crit. de lég. et de jur., 1897; Wahl, Rev. des Sociétés, 1897; R. Rousseau, 1900.

plus facilement négociable que l'action du souscripteur. La loi de 1893 se trouve tournée. Cette disposition légale apporte enfin une gêne à la réalisation du montant de ces apports, gêne que le Législateur de 1893 avait limitée il est vrai, que la pratique a restreinte mais qui n'en subsiste pas moins (1).

168. — Comment les législateurs étrangers ont-ils réglementé cette matière ?

169. --- Le Code allemand de 1861, modifié en 1884, prescrit des formalités nombreuses. L'acte de Société doit indiquer les avantages particuliers stipulés avec les noms des bénéficiaires, les apports en nature, les noms de ceux qui les font et le nombre d'actions qui leur sont attribuées. Toute convention sur ces points qui ne figurerait pas dans les statuts serait nulle à l'égard de la Société, art. 209 b. Le bulletin de souscription doit reproduire notamment ces énonciations. Les administrateurs, les membres du conseil de surveillance et les reviseurs ont à examiner spécialement tout ce qui est relatif aux apports en nature et à présenter sur ceux-ci un rapport écrit à l'Assemblée générale. A la demande tendant à l'inscription de la Société au registre du commerce qui est adressée au tribunal, doivent être annexés notamment les actes concernant les biens apportés et une déclaration signée des fondateurs (art. 10, 1^o). Les fondateurs sont tenus d'exposer, dans une dé-

(1) Rapport de M. André Dolbeau au Congr. des Soc. p. Act. 1900. Compte-rendu sténog., p. 477.

claration signée d'eux, les circonstances qui leur paraissent justifier l'évaluation des apports en nature, art. 209 g. La Société n'existe que du jour où l'acte de Société a été inscrite au registre du commerce. — Le Code Italien prescrit, art. 130-135 1^o et 2^o, de mentionner dans le prospectus à publier avant l'ouverture de la souscription, les apports en nature et leur évaluation. L'acte de Société doit être déposé au greffe du Tribunal civil dans la quinzaine de sa date; le Tribunal, après avoir vérifié l'accomplissement des conditions requises pour la constitution de la Société, décide s'il y a lieu, après avoir entendu le ministère public, que l'acte de Société sera transcrit sur le registre du greffe ou affiché dans la salle de la maison commune et dans les locaux de la Bourse de commerce la plus voisine, art. 91, 94 et 95. L'intervention du tribunal civil, sans la décision duquel une Société anonyme ne peut pas exister légalement garantit ainsi contre les abus.

La loi brésilienne dans son art. 3, p. 2, dispose que les apports ou mises consistant non en argent, mais en biens, choses ou droits ne seront admis que pour la valeur qui leur aura été attribuée par trois experts nommés par l'Assemblée générale des actionnaires dans sa première réunion. La Société ne sera réputée légalement constituée qu'après approbation par l'Assemblée générale de cette évaluation. Le Code espagnol, art. 151, se borne à exiger que l'acte constitutif de la Société anonyme énonce le capital social en mentionnant la valeur attribuée aux apports qui

ne consistent pas en argent comptant, ou les bases, d'après lesquels devra se faire l'évaluation de ces apports.

170. — Dans la législation belge l'estimation des apports en nature n'est pas soumise à des règles rigoureuses. La loi laisse aux fondateurs le soin d'estimer les apports en nature. Seulement l'indication qu'ils en donnent a lieu sous leur responsabilité. L'estimation donnée aux apports doit être rendue publique ; les précautions prises par la loi consistent dans des mesures de publicité. L'acte de Société doit indiquer la consistance et l'étendue des apports en nature et en espèces dont la réunion forme le capital social. Les bulletins de souscription doivent renfermer l'indication des apports et des conditions auxquelles ils sont faits. Cette liberté des fondateurs est susceptible de causer les plus graves préjudices. Le législateur a complété le système en édictant la responsabilité solidaire des fondateurs en ces termes : Les fondateurs sont tenus solidairement..... 4° De la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites par l'art. 31 dans les souscriptions art. 34.

171. — Le Code Suisse des obligations art. 619 dispose que « lorsqu'un actionnaire fait autrement qu'en argent un apport compris dans le capital social les statuts doivent indiquer exactement le prix pour lequel la Société accepte ces apports ou le nombre des actions données en paiement. Les dispositions de cette nature contenues dans les statuts doivent être approuvées par une décision prise à la majo-

rité dans une assemblée générale convoquée après la souscription du Capital Social. » D'après le Code fédéral des obligations la Société n'a d'existence légale que par l'inscription sur le registre du commerce ; il semble que le fonctionnaire qui doit opérer l'inscription sur le registre puisse la refuser en présence d'exagérations de la valeur des apports et qu'il se livre à un contrôle ; en réalité la vérification du fonctionnaire préposé au registre est uniquement et strictement formelle ; il se borne à vérifier si les pièces sont là et si elles sont extérieurement régulières (1). Bien différent est le système italien ou allemand : en Allemagne, notamment le Registerrichter doit examiner toutes les pièces jointes à la demande ; il doit s'assurer que toutes les déclarations, rapports ont été faits et vérifier les bulletins de souscription, en regard de la liste des actionnaires, en cas de souscription publique ; président de l'assemblée générale, il doit provoquer une discussion approfondie sur toutes les opérations de la fondation, signaler les lacunes qui peuvent être comblées, s'assurer de *visu* et de *auditu* que tout s'est passé régulièrement (2).

172. — Deux systèmes se partagent les législations, celui de la vérification et celui de la liberté. La vérification allemande faisant intervenir une autorité administrative et judiciaire est antilibérale ; en dehors de son caractère restrictif et arbitraire, il fait renaître en quelque sorte une

(1) Renseignements fournis à M. De Muralt au greffe du Tribunal de Lausanne. De Muralt, op. cit., p. 180, n° 116, note 2.

(2) De Muralt. — p. 181, n° 117.

espèce d'autorisation préalable dont la loi de 1867 a voulu s'affranchir. Le congrès international des Sociétés par actions avait en 1889 pris une résolution tendant à consacrer ce système. Il avait émis le vœu « que les apports en nature fussent vérifiés par des experts choisis par le tribunal, mais le congrès tenu en 1900 a décidé au contraire que si la loi doit réglementer l'évaluation des apports en nature, elle doit proscrire toute intervention directe ou indirecte de l'autorité administrative ou judiciaire en cette matière. « Je crois qu'il faut que nous restions fidèles à un principe, qui je l'espère, est admis par la plupart d'entre nous. Ce principe, c'est qu'il est utile que la loi réglemente les Sociétés par actions mais qu'en définitive la constitution d'une Société anonyme est une affaire purement privée, qu'aucune espèce d'autorité ni judiciaire ni administrative n'a à intervenir (1). »

173. — Il est certain qu'à l'heure actuelle une tendance très nette se dessine contre l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire en ce qui concerne l'évaluation des apports en nature (2).

(1) Lyon-Caen — Compte-rendu sténog. du cong. des Soc. par act. 1900 p. 75.

(2) 3^{me} résolution adoptée au congrès des Sociétés par actions en 1900. « La valeur des apports doit être garantie par l'obligation pour les introduceurs des actions sur le marché public de rédiger un programme préalable dont la loi aurait à déterminer le contenu et qui serait de nature à éclairer le public sur les précédents, les conditions et la valeur de l'entreprise. Ce document engagerait la responsabilité des signataires tant en ce qui concerne la réalité des

174. — A ce point de vue, les solutions admises par la loi Belge (1) de 1873 qui développe les deux principes de la publicité et de la responsabilité méritent d'être introduites en France. Le projet sénatorial de 1884 consacrait ces principes par son article 4 (2).

175. — C'est l'idée qui se retrouve dans la proposition de loi déposée sur le bureau de la Chambre des Députés, en 1898 par M. Fleury-Ravarin. Cette proposition est ainsi conçue.
Art. 1 : « Il ne peut être procédé à aucune émission d'ac-

faits allégués que pour les omissions résultant de dol ou de faute lourde sous tels tempéraments d'équité qu'il appartiendrait à la même loi d'établir. » Proposition de M. Thaller votée par le congrès.

(1) De 1873 à 1890 la grande liberté dont jouissaient les apporteurs n'a fait l'objet d'aucune critique en Belgique. R. Rousseau. — Rapport au ministre du commerce (Compte-rendu sténogr. du congrès des Soc. par actions 1900 p. 435. Il paraît cependant que depuis quelques années des abus se sont produits et qu'on a vu se constituer des sociétés avec des apports absolument fantastiques et rémunérés par des attributions importantes. « Ce sont là des faits répréhensibles et là comme en toute matière la liberté comporte des abus. » Ibid.

(2) Art. 4. — « 1° Tout bulletin de souscription d'une Société doit contenir l'indication sommaire de l'objet de la Société ; 2° le montant du capital social ; 3° la partie du capital social représentée par des apports en nature ; 4° la partie du capital à réaliser en espèces ; 5° les avantages particuliers ; 6° la date de la publication du projet d'acte de société au recueil des Sociétés. Les affiches, prospectus, insertions dans les journaux, circulaires, doivent contenir les mêmes énonciations. L'omission totale ou partielle des indications prescrites par le présent article donne lieu à une responsabilité civile ou pénale soit contre les auteurs de cette omission soit contre ceux qui auront sciemment prêté leur concours. Cette responsabilité est limitée à une année à partir de la publication de l'acte constitutif fait conformément à l'art. 65 de la présente loi. »

tions ou d'obligations d'une société créée ou à créer, soit par voie de souscription, soit par tout autre mode d'appel au public, sans que cette émission ait été précédée de la publication d'un prospectus circonstancié, signé par les émetteurs et contenant les indications nécessaires pour apprécier la valeur des titres à émettre. En cas d'apports, à des sociétés constituées ou à constituer, en cas d'avantages particuliers, le prospectus devra relater d'une manière spéciale et précise les conditions dans lesquelles s'effectuent ces apports et sont consenties les avantages particuliers. Art. 4. En cas d'omission ou d'inexactitude dans les énonciations du prospectus, les fondateurs, administrateurs, émetteurs et s'il s'agit de valeurs étrangères, l'établissement de banque signataire du prospectus seront responsables envers tous détenteurs de titres du dommage qui lui aurait été causé. Toutefois la dite responsabilité cessera au cas d'inexactitude lorsque le signataire justifiera de sa bonne foi et de son absence de faute lourde. Art. 6. Sera passible d'une amende de 500 à 10.000 francs toute personne qui dans une publication quelconque, aura relaté le cours d'une valeur n'ayant pas été l'objet d'un prospectus, préalable d'émission (1). »

176. — En résumé, pour la protection des intérêts du public, il faut obliger les fondateurs à faire la lumière sur tous les faits qui précèdent la constitution d'une société anonyme. L'assemblée des souscripteurs doit en outre, approuver ou rejeter la valeur attribuée aux apports.

(1) La dite responsabilité, dit le texte, cessera en cas d'inexactitude

177. — Publicité et responsabilité tel est le but vers lequel doivent s'orienter non seulement la réglementation de la constitution d'une société anonyme mais beaucoup d'autres institutions juridiques. La publicité des droits et des faits crée la stabilité et la sécurité dans les transactions. La complexité des relations sociales fait réveiller de leur sommeil les anciennes idées de concrétisation des droits. L'apparence légale crée le droit au profit des tiers. Il y a un retour aux institutions anciennes. On attribue à la forme une importance de plus en plus croissante. Notre Droit évolue vers l'objectivité consciente des institutions juridiques (1). « Il est donc inexact de dire que le progrès juridique consiste dans la disparition progressive du formalisme. En réalité une forme ne doit disparaître que pour

lorsque le signataire justifiera de sa bonne foi et de son absence de faute lourde. Il nous semble qu'il n'y a pas de raison pour consacrer une disposition aussi sévère. Il est injuste de présumer la mauvaise foi. Les fondateurs doivent être tenus du préjudice qu'ils ont causé par leur fait : les souscripteurs devront prouver que le dommage causé est imputable aux fondateurs.

(1) « La raison est la nécessité d'assurer la sécurité des relations sociales ; ils ont traité en se fondant sur état apparent qu'ils devaient prendre pour vrai. Protection leur est due. » Planiol. Op. cit. t. 2. p. 378, n° 1254. « Fréquemment on préfère la sécurité des tiers qui ont traité avec le titulaire apparent d'un droit aux prétentions du titulaire dépossédé. Les exemples s'en augmenteront sans doute de plus en plus à mesure que les préoccupations de sécurité des transactions s'affirmeront davantage et orienteront la législation vers la renaissance du formalisme. » Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle. Demogue, Rev. crit. 1901, p. 295.

être remplacée par une autre inspirée par des besoins sociaux différents. Aujourd'hui il faut sauvegarder les droits des tiers et accélérer la rapidité des transactions. C'est toujours l'intérêt général qui est le motif déterminant de sa transformation, c'est-à-dire le facteur essentiel de l'évolution du droit (1). »

(1) Henry Decugis. De la responsabilité civile envers les tiers dans la gestion des sociétés par actions. Conclusion, thèse Paris 1899.

CONCLUSION

178. — Le contrat de société par actions fournit un exemple intéressant de complexité juridique. Ce contrat donne naissance à des rapports de droit divers et qui dépendent étroitement les uns des autres. (1) L'application de la notion de gestion d'affaires dans les rapports entre fondateurs et souscripteurs. — La souscription individuelle envisagée comme un contrat entraînant ratification partielle des actes de gestion d'affaires accomplis par les fondateurs — La souscription intégrale du capital social emportant naissance de la société considérée comme douée d'une personnalité interne ; — telles sont les idées qui dominent la période dite constitutive — et qui expliquent juridiquement le rôle des personnes qui interviennent. Des conséquences pratiques importantes découlent de cette conception.

(1) Henry Decugis *op. cit.* p. 2.

179. — Mais il ne suffit pas de proclamer la règle de droit et d'appliquer à certains rapports une théorie juridique qui facilite le développement normal des activités : ce qui entre aisément dans la mission de l'interprète (1). Il faut en outre solliciter l'intervention du législateur pour rendre obligatoires certaines prescriptions qu'exige le fonctionnement régulier de l'organisme social. Il faut donner satisfaction au principe de justice et d'équité que « nul ne doit s'enrichir injustement au détriment d'autrui (2). » Pour cela le législateur doit, en ce qui concerne la constitution des sociétés par actions consacrer un système de large publicité. « La publicité, c'est le but, l'idéal vers lequel on doit tendre et auquel on parviendra sous la poussée de l'évolution. La publicité dominera le monde juridique et éclairera toutes les relations d'une vive lumière, chassant le mirage et le doute et dans son double fonctionnement d'attraction et de répulsion suivant les cas, elle donnera naissance à des droits nombreux qu'elle protégera ensuite dans son existence, certainement l'avenir lui appartient (3). »

(1) Je suis convaincu que le progrès juridique s'opérera plus large et plus sûr par une méthode d'investigation sincère qui reconnaissant ouvertement les lacunes de la loi écrite cherchera à y pourvoir au moyen de procédés scientifiques, indépendants, scrutant en toute franchise la *nature des choses objectives* et cherchant à produire *l'équilibre des intérêts*. » Geny, 545 op. cit.

(2) Dans le domaine du droit privé la majorité des conflits s'analysent en une augmentation injuste d'un patrimoine au détriment d'un autre.

(3) Raoul de la Grasserie. De la publicité personnelle. Revue générale de droit 1899, p. 52.

181. — Par là, enfin on donnera satisfaction à la règle de droit qui en protégeant l'intérêt individuel contribue en même temps au bien commun et à l'amélioration progressive des rapports sociaux.

Vu : Le Président de la Thèse,
E. THALLER.

Vu : Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :
Le vice Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE.....	5
INTRODUCTION.....	9

PREMIÈRE PARTIE

De la Souscription d'action

TITRE I. — De la Souscription d'actions correspondant à un apport de numéraire.....	29
CHAPITRE I. — Du Contrat de Souscription.....	31
CHAPITRE II. — De la Souscription considérée comme la ratification d'actes de gestion d'affaires.....	47
Section I. — Des Statuts.....	47
Section II. — De la formation des Contrats de Souscri- ption.....	53
Section III. — De l'Exécution des contrats de Souscri- ption.....	72
CHAPITRE III. — Caractères et Nature juridique de la Sous- cription.....	80
CHAPITRE IV. — Effets de la Souscription.....	90
TITRE II. — De la Souscription d'actions correspondant à un apport en nature.....	104

DEUXIÈME PARTIE

De la Protection des Souscripteurs

TITRE I. — Historique.....	113
TITRE II. — Vues législatives.....	117
CONCLUSION.....	131

